GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

REPUBLICA DE COLOMBIA Corte Suprema de Justicia

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

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

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO L Octubre, Noviembre y Diciembre de 1940. Nos. 1961, 1962 y 1963.

LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO

(Continuación)

Por

BERNARDO LARRAIN VIAL

55.—La lesión en la aceptación de una asignación.—*Este caso de lesión lo contempla el artículo* 1234 *de nuestro Código Civil al decir:*

"La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla.

Esta regla se extiende aún a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes.

Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad".

Esta disposición tiene su origen inmediato en el artículo 783 *del Código Civil francés que tan duramente ha sido tratado por los autores. Así, Planiol la califica como una*

"inadvertencia legislativa" (97); *Demogue, como "una derogación el derecho común difícil de explicar"* (98); *y Josserand, dice de ella que "los redactores del Código Civil previeron una hipótesis, teóricamente posible, pero prácticamente sin interés, el heredero aceptante preferirá recoger un emolumento disminuído a no recoger nada"* (99).

Con todo, poniéndose en el caso del heredero que acepta una asignación sin beneficio de inventario, estimamos injustificadas dichas críticas. El artículo 1234 *permitiría, a dicho heredero, rescindir la aceptación de una asignación, que, en virtud de disposiciones testamentarias ignoradas por él, no sólo disminuirían el valor total de la asignación en más de la mitad sino que le obligarían a desembolsar de su propio peculio bienes suficientes para dar cumplimiento a dichas disposiciones.*

56.—La lesión en la partición de bienes.—Dispone el artículo 1348 *en su inciso 2°: "La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota".*

La mayoría de las legislaciones modernas conceden esta acción cuando el perjuicio excede de la cuarta parte. Nuestro Código es más estricto, y aplicando un criterio —a nuestro modo de ver exagerado— requiere que este perjuicio exceda de la mitad de su cuota, es decir que uno de los herederos haya obtenido menos de la mitad de lo que le habría correspondido si se hubiera observado una rigurosa igualdad en la partición.

57.—La lesión en el mutuo.—*Se encuentra consagrada en el artículo* 2206 *que dice: "El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente".*

Sólo una ley se ha dictado para limitar este interés libremente establecido por las partes. Es la Ley número 4694, *de noviembre de* 1929, *llamada Ley de Represión a la Usura, que en su artículo 2° dispone que la reducción se hará no al interés corriente sino al legal, lo que hace más rigurosa la sanción.*

58.—La lesión en la anticresis.—*El artículo* 2443 *del Código Civil establece para el contrato de anticresis una lesión análoga a la del mutuo. Dice así: "Los intereses que estipularen estarán sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso de mutuo".*

59.—La lesión en la cláusula penal.—*La cláusula penal permite la determinación libre y voluntaria de los perjuicios. Pero, como esta libertad puede llevar a la estipulación de cláusulas penales excesivas, del todo contrarias a la equidad, el legislador se ha visto obligado a intervenir. Y es así como nuestro Código Civil, apartándose del Código francés, dispone en su artículo* 1544:

"Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera incluyéndose ésta en él".

"La disposición anterior no se aplica al mutuo, ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. En el primero, se podrá rebajar la

(97) Planiol: Ob. cit., t. II, pág. 406, número 1986.

(98) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 636, número 412.

(99) Josserand: Ob. cit., t. III, pág. 464, número 865.

pena en lo que exceda al máximun del interés que es permitido estipular. En las segundas, se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias, pareciere enorme".

Este artículo se refiere a tres casos enteramente diversos entre sí: el de una cantidad determinada, el del mutuo y el de las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. Hablaremos de cada uno en particular.

En primer lugar contempla el caso de un contrato conmutativo en que una de las partes se obliga a dar una cantidad determinada que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar a su vez, y se estipula como cláusula penal el pago por el infractor de una cantidad de dinero.

La pena por la infracción de esta clase de obligaciones se reducirá en todo lo que exceda al duplo de la cantidad que una de las partes se obligó a pagar.

El segundo caso se refiere al mutuo, donde se rebajará la pena en todo lo que exceda al máximun del interés que es permitido estipular.

La tercera y última situación contemplada por el artículo 1544 del Código Civil se plantea cuando se trata de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, en cuyo caso "se deja a la prudencia del Juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme" la pena.

SECCION III

Legislaciones en las cuales la lesión es, a la vez, un vicio objetivo y subjetivo.

1°

Derecho alemán.

60.—*Para la cabal comprensión del derecho alemán es necesario conocer algunas leyes de represión a la usura que han sido el origen y antecedente necesario de la disposición que establece la lesión. Alemania, como todos los países de la Europa Central y Mediterránea, en el siglo diez y ocho y diez y nueve, eliminó de su legislación toda medida que significara limitar la tasa de intereses. Al poco tiempo el desarrollo e incremento de la usura llegó a ser un verdadero problema nacional. Hasta que en* 1880 *se dicta una ley que hace incurrir en delito al que abusando de la necesidad, debilidad de espíritu o inexperiencia de otro a quien se prestara dinero, obtuviere para sí o para un tercero, beneficios que excedan en forma chocante a lo que le correspondería por el servicio prestado. Esta disposición estaba inspirada en forma directa en la Ley austríaca de* 1877.

Otra ley alemana, de 1893, *complementa y amplifica en forma notable el principio contenido en la anterior* (100). *Ya no limita el delito al préstamo de dinero sino que lo hace extensivo a cualquier otro contrato bilateral que tenga el mimo fin (obtener beneficios excesivos). Además, condena al que de profesión o habitualmente celebra actos jurídicos abusando de la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro con el objeto de procurarse beneficios que excedan en forma chocante su propia prestación.*

61.—*Resulta, entonces, que la explotación contractual, no se realiza únicamente en materia de crédito; sino que los mismos abusos se pueden presentar en todo contrato en que intervienen cambios de equivalentes avaluables en dinero.*

Al lado de la usura en el crédito, puede haber una usura en los contratos cuyas prestaciones se cumplen al contado. Esta última, con se-

(100) Demogué: Ob. cit., t. I, pág. 690, número 459.

uridad, será mucho más frecuente, ún, que la primera, y es, precisa- nente, la que constituye la lesión en nateria contractual. Pero, conviene lejar establecido que esta es una le- ión consistente, no sólo en la des- proporción excesiva de las prestacio- nes: aspecto objetivo, sino, tam- ién, en la explotación de la de- ilidad, de las necesidades o de la mi- eria de uno de los contratantes: as- pecto subjetivo del problema (101).

Según Demontés, esto es lo que os autores han denominado "usura eal", fruto de uno de esos esfuerzos le abstracción a que están tan acos- umbrados los autores alemanes (102).

62.—*Al transportarse esta dispo- sición a la legislación civil alemana, contenida en el Código Civil de* 1896 —*pues no hay que olvidar que ella formaba parte de una ley primiti- va—se la simplificó, eliminando su exigencia de que fueran actos "habi- tuales" o "profesionales". Contraria- nente a lo que ocurre en el derecho nal, desde el punto de vista del de- echo de las obligaciones este requi- ito no tiene ninguna importancia, o que hace lógica su supresión.*

Con anterioridad al Código de 1896, *Alemania, en materia de res- isión de contratos por lesión enor- ne, estaba inspirada, como casi to- las las legislaciones, en las consti- uciones de Diocleciano y Maximi- iano.*

El artículo 138 *del Código Civil lemán, que empezó a regir el* 1º *de nero de* 1900, *dice:*

"Un acto jurídico contrario a las uenas costumbres es nulo. Y, es nu- , en particular, un acto jurídico or el cual alguien, explotando la esgracia, la ligereza o inexperien- ia de otro, obtiene para él o para un tercero, que en cambio de una prestación, se le prometa o se le pro- vea de ventajas patrimoniales que excedan de tal modo el valor de la prestación, que, teniendo en cuenta las circunstancias, estas ventajas estén en relación a la prestación, en una desproporción chocante".

En el proyecto primitivo se de- claraba nulo, tanto el acto jurídico contrario a las buenas constumbres, como el que violaba el orden públi- co. Se desestimó esta redacción por estimarse el concepto de orden pú- blico demasiado peligroso. Su conte- nido impreciso y vago podía prestar- se a generalizaciones arbitrarias. En cambio, la noción de buenas cos- tumbres proporciona un elemento con base experimental sacado de los usos y prácticas adoptados por las costumbres (103). *"La base de apre- ciación ofrecida al Juez no es el uso, más o menos generalizado de un pro- ceder, juzgado contrario a la moral, sino la apreciación dada por la mo- ral pública. Pues, no es raro ver, en una sociedad, usos que tienden a ge- neralizarse, y que todo el mundo con- dena. Para saber si son o no contra- rios a las buenas costumbres, no es a su frecuencia o a la tolerancia con que se admiten, a lo que el juez de- berá atenerse, pero sí a la opinión que se tenga, desde el punto de vis- ta de la conciencia pública"* (104).

Como ya lo habíamos dicho, el pá- rrafo segundo del artículo 138 *fué tomado de las leyes penales que cas- tigaban la usura* (105). *El es una aplicación especial de la regla gene- ral contenida en el primero. Impor- ta una represión a las convenciones usurarias y a la llamada usura real.*

(101) Saleilles: **De la declaration de volonté**, págs. 292 y 293, número 86.

(102) Demontés: Ob. cit., página 66.

(103) Bufnoir: **Code Civil Allemand**, t. I, página 154.

(104) Saleilles: Ob. cit., pág. 276, Nº 54.

(105) Moriaud: disertación publicada en el **Bull. de la Soc. d'Et. Leg.**, año 1922, pág. 31.

Podemos distinguir en su redacción, perfectamente, la existencia de los dos elementos de la lesión: subjetivo y objetivo.

El elemento objetivo está representado por la exigencia de una desproporción entre las prestaciones. Se ha seguido el criterio de las leyes precedentes sobre usura que estimaban perjudicial toda fijación legal de una cosa matemática y precisa. El acto lesionario ofende las costumbres de una manera distinta según las personas que intervienen en él, y según las circunstancias del caso. Corrientemente una lesión materialmente mayor que otra se la apreciará como menos chocante.

En lo que se refiere al elemento subjetivo de la lesión, nos habla el artículo 138, *de la explotación de la necesidad, inexperiencia o ligereza de otro. No se remite el Código al hecho de sufrir la víctima una presión en su voluntad, lo que sería un vicio del consentimiento; sino, por el contrario, al hecho de que la otra parte se aproveche indebidamente de la situación de debilidad y de miseria de la persona con quien ha contratado. Importa, en consecuencia, la comisión de un acto ilícito por el lesionante; y no interesa para nada la conducta del lesionado, sino, únicamente, su estado. Luego "es necesario que el beneficiario del acto haya tenido la voluntad de sacar partido de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de la contraparte; es necesario que haya habido explotación: fuera de ahí el acto permanece válido".* (106) *Así, agrega Demogue, no habrá nulidad en el caso de un conocedor que compra a bajo precio un mueble antiguo.* (107).

Tenemos, entonces, que para determinar la lesión es forzosa la reunión de estos dos elementos, pues uno solo de ellos no basta para producirla. De donde deducimos que, por muy grande que sea la desproporción entre las respectivas prestaciones, si no hay una explotación de la desfavorable situación del lesionado, tampoco podrá haber nulidad.

El artículo 138, *habla de actos jurídicos en general, luego, es forzoso concluir que serán afectados por él no sólo los contratos sino todas las convenciones, bien sea que se celebren a plazo o de contado. Queda, por lo tanto, ubicado en la parte general del Código, y se podrán atacar por él contratos de compra-venta de trabajo, sociedades, etc.* (108).

63.—*La sanción, que contempla el artículo* 138, *es la nulidad del acto, pero, hay otro artículo, el* 826, *que expresa:*

"El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación". Así tenemos que dos sanciones resguardan la eficacia de esta institución. Hay veces que la nulidad no puede surtir efectos, por la naturaleza misma de la obligación que ya se ha cumplido, como ocurre en los contratos de trabajo. Y otras, porque la nulidad, en el derecho alemán, no tiene alcance contra terceros. En estos casos, se aplica la segunda sanción, contemplada en el artículo 826 *de dicho Código.*

64.—*Para atacar una cláusula penal es necesario distinguir dos situaciones distintas. En primer lugar, si ella ha sido estampada en un contrato mediante la explotación de la necesidad, inexperiencia o ligereza del deudor, el acto es nulo por ser contrario a las buenas costumbres, conforme al artículo* 138 *del Código Civil alemán.*

(106) Josserand: **Les mobiles dans les actes juridiques**, pág. 132, Nº 101. En el mismo sentido véase, Saleilles: Ob. cit., pág. 298, número 98, Bufonoir: Ob. cit., t. I, pág. 156.

(107) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 691, número 459.

(108) Demogué: Ob. cit., t. I, pág. 691, número 459.

La segunda situación la contempla el artículo 343 de dicho Código que no exige que la cláusula penal se funde en ningún abuso contrario a las buenas costumbres. Dice, el mencionado artículo, que si la pena en que se ha incurrido es desproporcionada con el perjuicio podrá el deudor pedir su reducción a una suma equitativa. En la apreciación de esta suma tendrá en cuenta el tribunal no sólo el interés patrimonial, sino cualquier otro interés legítimo del acreedor. Aplicada la pena no procede demanda de reducción (109). *Esta disposición se apoya, únicamente, en razones de tutela judicial. No existe ni acto ilícito ni vicio del consentimiento. Basta la sola desproporción.*

Una regla muy parecida a la anterior se consigna en el artículo 655 del Código Civil. Ella establece una reducción a la comisión que se cobra en el corretaje concerniente al arrendamiento de servicios.

65—*La aplicación jurisprudencial del artículo 138 ha sido escasa y sin importancia. Demontés, sostiene que este texto ha dado lugar a tantas controversias doctrinales que no ha servido de nada en la práctica. Atribuye su ineficacia a defectos del principio mismo.* (110).

En verdad, parece ser que la causa de ello está en la excesiva elasticidad de la disposición. El hecho de que para decidir si algo va en contra o no de las buenas costumbres sea necesario aplicar un criterio personal, ha amedrentado a los jueces que prefieren encontrarse con un texto más preciso en qué fundar sus decisiones. Ellos dudan de su propio arbitrio, y, en definitiva, se limitan a aplicarlo en aquellos casos evidentes y claros. Además, el párrafo segundo, del artículo 138, impone al demandante la prueba de que ha sido víctima de una explotación consciente, prueba que muchas veces es difícil e imposible de conseguir.

Otro defecto, no menos grave de este artículo está en no permitir al sancionar el acto con la nulidad, mantener su validez, dando la alternativa a una de las partes, como lo hacen la generalidad de las actuales legislaciones.

2º

Legislaciones que han seguido un criterio análogo al del Código Alemán.

66. — Código Austriaco Revisado. *Este Código que data de 1811, y cuyas disposiciones sobre la lesión ya estudiamos al tratar de las legislaciones que siguen un criterio objetivo, fue objeto de una importante modificación durante los años 1914, 1915 y 1916.*

Se expresa, en el artículo 879, que un contrato que contraría una prohibición legal o las buenas costumbres es nulo. Agrega, este artículo, en su número 4º, que son nulas en particular las siguientes convenciones:

"Aquellas en que alguien se aproveche de la ligereza, del estado de necesidad, de la debilidad de espíritu, de la inexperiencia o de la emoción de otro, para hacerse prometer o acordar, o hacer prometer o acordar a otro, una prestación, cuando el valor de la contraprestación está en una desproporción flagrante con ella".

Lo curioso en este derecho es que al dictarse esta disposición no se suprimió, ni se hizo referencia alguna a los artículos 934 y 935 que regían la lesión y la contemplaban como un vicio netamente objetivo, de los contratos. Resulta así, que imperan hoy día dos sistemas enteramente diversos. Uno, el de los artículos 934 y 935 que rescinden todo contrato realizado por un precio menor de la mi-

(109) Bufnoir: Ob. cit., t. I, págs. 491 y 492.

(110) Demontés: Ob. cit., pág. 72.

tad del corriente, sin considerar para nada la conducta observada por las partes. Y otro, inspirado directamente en el artículo 138 *del Código Civil alemán, introducido en el Código austriaco por el número* 4°, *de su artículo* 879.

Sin embargo, en la práctica se concilian perfectamente estos dos —a primera vista incompatibles— textos legales. Como observa De Gallaix, cuando las dos acciones sean viables, se elegirá una u otra según las pruebas de que se disponga, ya sea que resulte más fácil acreditar la lesión en más de la mitad o la explotación de la inferioridad de estado. (111).

67.—Derecho Suizo—*En Suiza, la lesión, como institución aplicable a todos los actos jurídicos, apareció, por primera vez, en el Código Federal de las Obligaciones, puesto en vigor el* 1° *de enero de* 1912. *Antes de esta época sólo se conocieron diversas disposiciones legales que combatían la usura, y que aceptaban la lesión en formas más o menos parecidas a la del derecho romano. Estas disposiciones variaban en cada cantón.* (112).

68.—*El artículo* 21 *del Código de* 1911 *dice, así:*

"En caso de evidente desproporción entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte perjudicada puede, en el término de un año, declarar que rescinde el contrato y reclamar lo que ha pagado, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, de su ligereza o de su inexperiencia. El término del año empieza a contarse desde la conclusión del contrato".

Resalta su franca armonía con la disposición pertinente del Código alemán. El hecho de que haya desechado la referencia a las buenas costumbres no significa, en la práctica, ninguna modificación. Porque, la apreciación de si el acto constituye una explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia se traduce, en definitiva, en colocarse, bajo el punto de vista moral, o sea en la noción de las buenas costumbres.

Antes de que el artículo 21 *alcanzara su redacción definitiva, se hicieron muchas proposiciones para modificarla. De ellas sólo mencionaremos la de Oser, que pretendía restringir el derecho de rescisión a los no comerciantes, fundándose en que era muy difícil la existencia de ligereza e inexperiencia en personas que se dedican habitualmente al ejercicio del comercio.* (113). *Ya que se entiende por ligereza o inexperiencia el conocimiento insuficiente de la vida o de ciertos negocios.* (114).

Ya no es la nulidad, como en el Código alemán, lo que se pide sino que la parte lesionada declara que tiene por rescindido el contrato, sin necesidad de acudir a la justicia. Sólo lo hará si la otra parte exigiere judicialmente el cumplimiento de la obligación. (115). *La rescisión, aquí, tampoco alcanza contra terceros.* (116).

El artículo 21 *es una disposición general, que a pesar de extenderse a todos los actos jurídicos susceptibles de ser rescindidos por lesión* (117) *ha tenido en la práctica una escasa aplicación. Obran para ello las mis-*

(111) De Gallaix: **La Réforme du Code Civil Autrichien,** págs. 126 y siguientes.

(112) Sobre legislación de estos Cantones véase, Anthoine de Saint-Joseph: **Concordance entre les Codes Civils Etrangers et le Code Napoléon,** t. IV, págs. 14, 307, 363 y 499.

(113) Schneider y Fick: **Commentaire du Code Fédéral des Obligations,** t. I, pág. 64, nota 14.

(114) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 692, número 460.

(115) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 693, número 460.

(116) Schneider y Fick: Ob. cit., t. I, página 383, nota 8.

(117) Josserand: **Les moviles dans les actes juridiques,** pág. 133, número 102.

mas razones que consignamos al estudiar el derecho alemán.

Complementa el artículo 21, *lo dispuesto en el* 41 *del mismo Código. "Todo el que de manera ilícita, dice este artículo, causa un daño a otro, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está en la obligación de repararlo". Como el autor de una lesión comete un acto ilícito, por su explotación, está obligado a reparar el daño causado.*

La acción de rescisión dura un año contado desde la conclusión del contrato, haya o no cesado la causa de explotación. (118).

68.—*Sin apartarse del Código alemán el artículo* 163 *dispone:*

"Las partes fijan libremente el importe de la pena. La pena estipulada no puede exigirse cuando tenga por objeto sancionar una obligación ilícita o inmoral, ni, salvo pacto en contrario, cuando el cumplimiento de la obligación resulte imposible por efecto de una circunstancia de que el deudor no sea responsable.

El juez debe reducir las penas que considera excesivas.

Es un derecho de disminución concedido excepcionalmente al juez, cuando no hay proporción entre la pena y la violación del contrato, considerando el daño sufrido por el beneficiado. La disminución podrá decretarse aun cuando la convención haya sido ejecutada en parte. (119). *Pero el derecho concedido al juez nunca llegará hasta suprimir toda la pena.*

70.—*Ampliando el artículo* 655 *del Código alemán, el artículo* 417 *dispone:*

"Cuando se estipula un salario excesivo, bien por haberse indicado la ocasión de concluir un contrato de trabajo o una venta de inmuebles, bien por haberse negociado uno de estos contratos, puede equitativamente reducirse por el juez, a requerimiento del deudor".

Esta rebaja no podrá hacerse una vez pagado el salario. (120).

71.—Código Mejicano. —*Este Código, publicado en* 1928 *dice en su artículo* 17:

"Cuando alguno explotando la suma ignorancia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación".

"El derecho concedido en este artículo dura un año".

Según confesión de la propia Comisión redactora de este Código, ella "no tuvo reparo en inspirarse en legislaciones extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la legislación patria... Deliberadamente la Comisión no procuró ser original por que está convencida de que en materia legislativa la invención es peligrosísima y de que los intereses sociales son demasiado respetables para arriesgarlos en un experimento de éxito problemático". (121).

(Continuará)

(118) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 693, número 460.

(119) Schneider y Fick: Ob. cit., t. I, página 294, nota 32.

(120) Morixe: Ob. cit., pág. 116.

(121) Citas sacadas de la Exposición de Motivos que precede al Código Civil Mexicano, páginas 7 y 8.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

RECURSO DE CASACION DE UNA SENTENCIA ARBITRAL. — RECURSO DE HECHO.

No es procedente el recurso de casación contra las sentencias proferidas por tribunales de arbitramento, los cuales fallan "verdad sabida y buena fe guardada". Los árbitros son meros mandatarios legales y lejos de decidir las cuestiones de su incumbencia de acuerdo con las leyes sustantivas y adjetivas, las resuelven en conciencia; por esto no están obligados a fundar sus decisiones en el derecho, sino en la equidad natural, que es su única regla. Y siendo esto así, mal podría aceptarse que la Corte pudiera entrar a revisar esta clase de decisiones. La consideración de que a nadie le es dado penetrar en el fuero interno de los demás y que el objeto y fin principal del recurso de casación es uniformar la jurisprudencia, no el criterio particular del individuo (art. 519, C. J.), impone esta conclusión inevitable.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

En el juicio divisorio de la gran comunidad de "San Francisco de la Sierra", dentro del Circuito de Ambalema, el Tribunal de arbitramento, constituído en dicha ciudad, dictó sentencia con fecha veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta y seis, impartiendo aprobación al trabajo de partición llevado a término en dicho juicio. Por algunos comuneros se interpuso contra este fallo de los árbitros el recurso de alzada para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Llegado allí el negocio y previa la tramitación legal respectiva, el Tribunal, en sentencia del treinta de mayo del corriente año, confirmó la providencia recurrida, en lo tocante a la aprobación de la partición, revocándola únicamente en cuanto se había ordenado la cancelación de un embargo sobre la finca común.

Contra la decisión del Tribunal se interpuso oportunamente recurso de casación por el doctor Lisandro E. Carvajal, apoderado de algunos de los partícipes, pero el sentenciador lo denegó en auto del diecisiete de julio pasado, fundándose, en que la ley dejó al buen juicio y criterio del juzgador, en los juicios relativos a la división de las grandes comunidades de que trata el Capítulo IV, Título XL, Libro II del Código Judicial, un amplio radio de acción, para que según sus conocimientos jurídicos y su conciencia, aprecie las cuestiones sometidas a su decisión, lo que constituye desde luego un poder discrecional ilimitado que, consecuencialmente, debe sustraerse al recurso de casación ante la Corte, ya que es de la naturaleza de tal recurso el que los asuntos sometidos al estudio de esa alta Corporación, sean puntos de derecho sustantivo, y no cuestiones de derecho adjetivo ni de hecho, las que sólo excepcionalmente se presentan a la decisión de la Corte.

El recurrente interpuso contra esta decisión el recurso de reposición para que fuera revocada y en su lugar se le otorgara el primeramente propuesto; en subsidio pidió se le compulsara copia de algunas piezas del proceso para recurrir de hecho ante la Corte. Negada la reposición y expedidas las copias, el citado doctor Carvajal se ha presentado de hecho y la Sala procede a decidir sobre el fundamen-

to del recurso interpuesto, teniendo en cuenta:

La sentencia que apruebe el trabajo de partición en juicios sobre división de grandes comunidades, es apelable, conforme a lo prescrito por el artículo 1177 del C. J., para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo. En estos casos, al tenor de esta disposición, tanto el Tribunal de arbitramento como el que deba revisar la sentencia pronunciada por éste, deben proceder "en conciencia, verdad sabida y buena fe guardada", ya que de otra manera no podrían cumplir su misión, llenar eficazmente su cometido, por tratarse de asuntos que no pueden someterse a las normas escritas de la ley; se trata de liquidar situaciones de hecho que no pueden terminarse con sujeción a determinadas normas. Así lo explicó claramente la Comisión que elaboró la reforma procesal de 1931.

Tratándose, pues, de una sentencia arbitral, ya que el Tribunal de Ibagué falló "en conciencia, verdad sabida y buena fe guardada", es incuestionable que el recurso extraordinario de casación no es procedente en este caso. Sabido es que los árbitros son meros mandatarios legales que lejos de decidir las cuestiones de su incumbencia de acuerdo con las leyes sustantivas y adjetivas, el mandato les impone el deber de fallarlo todo en conciencia; por esto los árbitros no están obligados a fundar sus decisiones en el derecho, sino en la equidad natural, que es su única regla. Y siendo esto así, mal podría aceptarse que la Corte — Tribunal de Derecho — pudiera entrar a revisar esta clase de decisiones. La consideración de que a nadie le es dado penetrar en el fuero interno de los demás y que el objeto y fin principal del recurso de casación es uniformar la jurisprudencia, no el criterio particular del individuo (artículo 519 del C. J.), impone esta conclusión inevitable.

Como lo dijo la Corte en la providencia citada por el Tribunal en apoyo de su negativa al recurso, "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". Si por excepción, el fallo de los árbitros en estos casos es susceptible del recurso de apelación, ello no quiere decir que lo sea del recurso extraordinario de casación, dados los motivos expuestos.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por el doctor Lisandro E. Carvajal, como apoderado de algunos copartícipes, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el treinta de mayo del corriente año.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, archívese el expediente, y ofíciese al Tribunal.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

Cuando el actor estima en una suma determinada la cuantía de la acción, sin objeción del demandado, queda ella fijada y cumplido el artículo 205 del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

En el juicio ordinario intentado por Sabina García en representación de la sucesión de Luis María Echeverri contra Adán Mora, sobre reivindicación de unas mejoras existentes en el terreno denominado "El Rodeo", situado en el Corregimiento de Córdoba, jurisdicción del Municipio de Calarcá, profirió sentencia definitiva de segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 15 de mayo del corriente año.

Contra esta providencia interpuso oportunamente recurso de casación el demandado Mora, pero el Tribunal sentenciador lo denegó en auto de veinticuatro de junio, fundándose en que el demandante estimó la cuantía de la acción en la suma de dos mil pesos moneda corriente, y que como tal cuantía no fue objetada en el curso del juicio, surge como definitiva, siendo por tanto improcedente el recurso extraordinario de casación propuesto, a términos de lo prescrito por el artículo 519 del Código Judicial.

El recurrente interpuso contra esta decisión el recurso de reposición para que fuera revocada y en su lugar se le otorgara el primeramente propuesto; en subsidio pidió se le compulsara copia de algunas piezas del proceso para recurrir de hecho. Negada la reposición y expedidas las copias, el prenombrado Mora se ha presentado de hecho y la Sala procede a decidir sobre el fundamento del recurso interpuesto, teniendo en cuenta:

Es evidente que el actor, en el libelo respectivo, dijo categóricamente que estimaba la cuantía de la acción en la suma de dos mil pesos moneda corriente, haciendo así uso de la facultad que le otorga el artículo 205 del C. J., sin que el demandado por su parte, la hubiera objetado en el término legal. Alega ahora el recurrente que la estimación hecha en la demanda tiene por objeto determinar la jurisdicción del juez ante quien se presenta, y que ese fue el motivo único para hacer tal fijación; pero que ésta no puede tener el alcance de limitar los efectos de la demanda.

La interpretación y alcance que efectivamente pueda tener la fijación de la cuantía de la acción por parte del actor, para los efectos de la concesión del recurso de casación, fue ya señalada por la Corte en auto proferido para caso semejante, que dice:

"La estimación de la cuantía corresponde al demandante (artículo 205, C. J.). Y el demandado es quien debe objetarla, para que en este caso se determine, previo dictamen pericial (artículo 206). Cuando esto no sucede se entiende que el demandado acepta la cuantía que fijó el actor. La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del juez, pero puede suceder, y sucede muchas veces, que el demandante señale desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o el máximum de ésta. Cuando esto sucede, como en el presente caso, esa estimación, es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado. No puede, por lo tanto, un Tribunal ni encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por el direc-

tamente interesado, como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones sobre que versa la demanda aparezcan con un valor mayor, si el demandante les asignó uno menor al iniciarse la demanda". (Gaceta Judicial, XLVI, número 1933. Febrero 11 de 1938).

Es verdad que el artículo 205 exige determinación de la cuantía sólo para lo atañedero a competencia. Al precisarla, previene incidente sobre jurisdicción y evita nulidades. Pero de ahí no se deduce que cuando el actor en vez de limitarse prudentemente a llenar esa finalidad, limita el valor de su acción asignándole una cifra exacta, si ésta queda intocada por no reclamar el reo, no se haya producido un hecho que hace parte del proceso y de que el juzgador no puede prescindir para en cualquier otra oportunidad procesal conceptuar que la cuantía es dudosa.

El demandante puede decir que estima su acción en más de quinientos pesos o de mil pesos, por ejemplo, y así, según el lugar, establecer que se trata de juicio de mayor cuantía, lo que bastará ante el artículo 205, a tiempo que deja abierto el campo a ulteriores posibilidades, como la casación; o puede decir que la estima en tres mil pesos o más, con lo cual este recurso se asegura para su caso y día.

Pero si, v. gr., dice que la estima en dos mil pesos, no sólo ha llenado la exigencia del artículo 205 sino que, precisando el valor de la acción, se ha cerrado esa posibilidad, sin que el Tribunal para conceder el recurso de casación o la Corte para admitirlo puedan hallarse ante el verdadero motivo de duda requerido por el artículo 524 para proceder a la avaluación a que prové éste en su caso.

No necesitó el actor, en verdad, expresarse en esa forma limitativa y precisa para llenar la exigencia del artículo 205; pero de que ello no fuera necesario en su día no puede deducirse que no lo hiciera, y si procedió así, y el demandado no reclamó y por ende esa fijación precisa, con su consiguiente limitación, quedó en firme, este hecho inequívoco y protuberante tiene que producir sus resultados, sin que de él pueda prescindir el funcionario ante la consideración de que el actor debió ser más prudente, o de que cuando así obró no se le pedía tanto.

Además, no tiene por qué darse por sentado que esa fijación precisa y limitativa haya de obedecer a imprudencia o inadvertencia; puede y debe pensarse que, al menos, en muchas ocasiones es dictada por un deliberado propósito, ya de no exagerar o disminuír indebidamente el monto de la prestación que se demanda, ya de impedirse desde luego al actor hasta la tentación de ejercitar aquel recurso ante la Corte. Y análogamente cabe pensar respecto de la abstención del reo en reclamar contra la estimación del demandante.

En suma, de que la referida precisión limitativa no sea indispensable ante el artículo 205, no puede deducirse que, cuando la hay en el proceso, sea dado al funcionario dudar, dejando de verla, para acudir al artículo 524.

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, estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segundo grado pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el quince de mayo del corriente año.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, archívese el expediente y ofíciese al Tribunal.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HERNAN SALAMANCA E ISAIAS CEPEDA

Breve y respetuosamente formulamos a continuación las razones de nuestro disentimiento en torno de la tesis adoptada por la mayoría de la Sala y en que apoyamos nuestro salvamento de voto.

El Tribunal negó la concesión del recurso oportunamente interpuesto y procedente por la naturaleza del juicio, fundado en la circunstancia de que la demandante García, en la demanda con que inició el litigio, estimó la cuantía en la cantidad de dos mil pesos moneda corriente y esta estimación no fue objetada por el demandado Mora, por lo cual es preciso considerar esta cuantía como irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, inclusive para la procedencia del recurso extraordinario de casación.

Dispone el código de procedimiento civil que cuando no se trate de acciones por cantidad determinada o sobre cuestiones intasables sino sobre cosas de valor indeterminado, el demandante, junto con la enunciación clara y precisa de "lo que se demanda" y de las demás cosas que enumera el artículo 205 del C. J., debe fijar la cuantía de la acción "cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia", y da al demandado, en los juicios en que hay traslado de la demanda, el derecho de objetar esta estimación de la cuantía en el término que tiene para contestarla, caso en el cual se determina por el juez, previo dictamen de un perito de su nombramiento, y con obligatoriedad para todos los demandados aunque sólo uno de estos haya promovido el incidente de objeción. De aquí resulta que la cuantía de los juicios puede conocerse, por el valor determinado o conocido de la cosa que es materia del pleito, o por la estimación que hace el actor en su demanda sin objeción del demandado, o por la determinación judicial, con intervención de perito, en caso de que haya sido objetada por el demandado antes de contestar la demanda. En cualquiera de estos casos la cuantía del pleito ha de tenerse por invariablemente fijada para los efectos legales.

Pero las consecuencias legales de estas maneras de determinar la cuantía, con excepción de la primera en que se confunde con la del pleito mismo, con el valor de lo que se demanda, están delimitadas por la ley, de modo que no puede decirse en una forma absoluta que esa cuantía es la valedera y obligatoria para todos los efectos legales vinculados a la noción de cuantía sin consideración a la cuantía misma, que la ley establece y gradúa en más o menos para casos distintos y objetivos diversos.

En verdad la doctrina de la Corte ha sido cambiante sobre este particular como puede verse en la recopilación de su jurisprudencia: unas veces, las más, ha dicho que la cuantía que debe tenerse en consideración para conceder o negar el recurso de casación es la que el actor ha señalado en su demanda sin contradicción del demandado, como en reciente fallo del mes de julio retropróximo, y otras veces ha expresado el concepto de que tal estimación de la cuantía es para los solos efectos de la competencia de instancia y que para la concesión del recurso extraordinario lo que debe tenerse en cuenta es el valor venal de las cosas reclamadas en acción de dominio, como se dijo en sentencia del 18 de mayo de 1935, visible a la página 9 del Tomo XLII de la G. J.

La primera de estas formas de interpretar el significado y alcance de la estimación de la cuantía por el actor tiene fundamento en la antigua ley de procedimiento civil, en que la cuantía era lo mismo que el interés del pleito o el monto de

la acción, de tal modo que su fijación equivalía a una determinación procesal polivalente para todos los efectos relacionados con la cuantía del litigio. "Para determinar la cuantía —decía el artículo 4º de la Ley 105 de 1890— en los juicios que no versen sobre cantidad conocida, el demandante la fijará en la demanda; pero el demandado puede, antes de dar contestación alguna, reclamar contra la fijación hecha por aquél, y en ese caso la cuantía se determinará por medio de peritos, que nombrará el juez". La determinación de la cuantía o interés del pleito, no estaba, como se ve, circunscrita en sus efectos, aunque entre los que debía producir estaba la cuestión de competencia del juez, ante quien se iniciaba el juicio. Pero la situación es ahora distinta a la luz del nuevo procedimiento, de acuerdo con el cual la segunda de las precitadas interpretaciones jurisprudenciales parece la legal y fundada, porque el actor, en los juicios que no versen sobre cantidad conocida, no está obligado a apreciar en dinero el interés o monto de su acción, sino simplemente a estimar su cuantía para lo relacionado con la competencia del juez del primer grado, ya que la competencia para la segunda instancia está predeterminada jerárquicamente.

En efecto. La cuantía que el demandante debe fijar en el libelo con que inicia su juicio, no tiene, según los términos del artículo 205 del C. J., otro objeto ni otro alcance que fijar la competencia del juez ante quien presenta su petición o demanda, determinándola en una cifra exclusivamente destinada a darle a su juicio la categoría procedimental de mayor o menor cuantía (artículos 109, 119, 120 y 196 del C. J.) y a mover, en consecuencia, la jurisdicción de los jueces de Circuito o de los Municipales, porque según el artículo 196 del C. J. "en los juicios en que la competencia se fija por el valor de las acciones que se ejercitan, éstas son de mayor o de menor cuantía. Son de mayor cuantía las que versan sobre un valor que excede de trescientos pesos, y de menor cuantía las otras". La cuantía, pues, que el actor señala en su demanda y que se hace invariable por la aceptación tácita o expresa del demandado o por la determinación judicial cuando se impugna, no se puede utilizar legalmente dentro del procedimiento civil para nada distinto de fijar la competencia del juez cuando ésta depende de la estimación de la cuantía, y dentro de esta destinación u objetivo legal de abrir determinada puerta jurisdiccional para un pleito que se inicia, se explica perfectamente su irrevocabilidad desde el punto de vista de la nulidad que por incompetencia de jurisdicción quedaría en otra forma como permanente amenaza sobre todas las actuaciones judiciales.

Esta cuantía a que se viene haciendo referencia para **guaduarla de mayor o menor** no es precisamente la del pleito o valor de la cosa que se demanda, que puede versar como en este caso, sobre una acción reivindicatoria de valor indeterminado cuya venalidad sería la base para justipreciarla. Estas dos cosas son perfectamente diferenciables y diferentes entre las que se exigen indispensablemente en toda demanda civil, entre "lo que se demanda", de valor indeterminado, y la cuantía "para fijar la competencia". No hay base en la ley de procedimiento para decir que la cuantía de un juicio es un valor único e inalterable para todos los efectos legales; por el contrario, el código señala cuantías distintas para efectos diversos, como puede verse en el citado artículo 205 y en el 610 de allí, en que se alude a una "para fijar la competencia", y en el 284 de la misma obra en que impone al peticionario la obligación de estimar la cuantía de su acción indeterminada "para los efectos del embargo y secuestro", y como puede verse también en las disposiciones que abren la vía extraordinaria de la casación a los juicios de determinada cuantía mínima (art. 519, C. J.), seguramente por considerar vinculada a ella su importancia para la uniformación de la jurisprudencia nacional y por otros motivos que tienen que ser diferentes a los buscados para fijar una

competencia original simplemente. Si la ley, para los efectos de la declinatoria de jurisdicción, exige al actor en acción de valor indeterminado que aprecie su cuantía en mayor o menor, para lo cual le basta señalar una cifra que exceda o que no alcance a la que legalmente deslinda la competencia de los jueces de Circuito con la de los municipales, no hay razón para alegar esta apreciación, que ya produjo sus efectos legales predeterminados, con ocasión de otra ocurrencia tan importante como es la procedencia del recurso extraordinario de casación para lo cual está determinada otra cuantía distinta con criterio también distinto. En un caso la obligación legal consiste en decir si el interés de una demanda es mayor o menor de trescientos pesos y en el otro si monta como mínimo tres mil pesos. Habría que entender que toda fijación de cuantía inicial en la demanda que no alcanzara al límite aritmético que da acceso a la casación constituye una renuncia implícita a este recurso, de naturaleza y trámites extraordinarios, para lo cual sería necesario que la ley no hubiera establecido sino una fijación de la verdadera cuantía del pleito para todos los efectos legales, desde la determinación del juez del primer grado hasta la posibilidad de acusar la sentencia definitiva de segunda instancia ante la Corte. Y ya se vio que esta interpretación no tiene apoyo en la ley.

En estas mismas ideas se inspiraba el artículo 4º de la Ley 90 de 1920, que decía: "El Tribunal antes de decidir sobre concesión del recurso, cuando la demanda no tenga por objeto una cantidad determinada o cuando de las pruebas del proceso no aparezca el valor de las cosas que son materia del pleito, ordenará que por medio de peritos se fije la cuantía de la acción, **aunque en la demanda se determinen dichas cuantías...**"

Las consideraciones expuestas no conducen, sin embargo, a la concesión del recurso de casación que en este caso fue denegado por el Tribunal, porque aunque la estimación de la cuantía que contiene la demanda no puede considerarse como la definitiva para los efectos de la casación, según se ha visto, la cuantía que exige el artículo 519 del C. J. no aparece de autos en que no consta que las plantaciones de plátano y café sobre que versa la demanda hayan sido materia de justiprecio, sin lo cual es intempestivo considerar la procedencia del recurso.

La solución legal en nuestro concepto será por lo tanto la de declarar sin efecto el auto negatorio del recurso para que por el Tribunal Superior se procediera a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 524 del C. J.

Bogotá, agosto de mil novecientos cuarenta.

Hernán Salamanca—Isaías Cepeda.

AUTO EN QUE SE NIEGA LA REPOSICION DEL ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

Por medio del anterior memorial y en tiempo oportuno, el doctor Cástor Jaramillo, apoderado judicial del demandado, solicita se revoque el proveído de fecha treinta de agosto pasado y en su lugar se resuelva que es procedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado, debiendo, como consecuencia, otorgársele.

Sostiene en primer término el recurrente que la decisión a que se refiere su reclamo no es una sentencia definitiva a pesar de haberse pronunciado por la Sala y notificado en la forma que la ley procesal determina para esa clase de resoluciones. La Corte está de acuerdo en esta tesis del reposicionista, por las siguientes razones:

Uno de los recursos ordinarios consagrados por la ley de procedimiento contra las providencias judiciales, es el de hecho; de éste puede hacer uso la parte agraviada cuando se deniega el de apelación o casación, para que el superior lo conceda. La resolución que en este caso se pronuncie no decide sobre la controversia que constituye la materia del juicio, ni sobre lo principal de éste, ni pone fin a una instancia, condiciones éstas que debe reunir una providencia judicial, copulativamente, para que tenga el carácter de sentencia, como así se deduce claramente de lo estatuído por el ordinal 1º del artículo 466 del Código Judicial.

El ordinal 2º del texto legal citado dice que son autos interlocutorios los que resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas. No trae este precepto una enumeración taxativa o limitativa de los autos interlocutorios; enuncia algunos, y luégo ordena que como a tales, se tengan los contentivos de resoluciones análogas. Por tanto, si se tiene en cuenta el alcance de la resolución pronunciada en casos como el aquí contemplado, bien se comprende que encaja dentro de la definición contenida en el ordinal relacionado. Por lo demás, es bien sabido que para calificar una providencia judicial no debe atenderse a su forma; si se trata de un auto interlocutorio o de sustanciación, no pierde este carácter por el proveído de haberse adornado con las fórmulas fijadas para las sentencias. Si el proveído que se reclama se notificó por edicto, y no por estado, como correspondía, y si en él se usó la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley" consagrada únicamente para las sentencias (artículo 471 del C. J.), esto no quiere decir que se trate de una sentencia, según se desprende de lo antes dicho. Al dictarse este auto por toda la Sala, solamente se cumplió lo prescrito en el art. 32 del C. de O. J.

Siendo, pues, procedente el recurso de reposición impetrado, se procede a su estudio y decisión, previas las siguientes consideraciones:

El demandante debe señalar en la demanda la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia; es decir, debe establecer si se trata de una acción de mayor o de menor cuantía, para así determinar a qué juez corresponde el conocimiento; es esta la exigencia del artículo 205 del C. J. que con esa simple indicación se satisface a cabalidad.

Pero si como sucede en el caso de autos el demandante fija la cuantía en una cantidad determinada —dos mil pesos— esta determinación no surte ya simplemente los efectos del artículo en cita, sino que viene a establecer además para todos los restantes actos del procedimiento un límite y una norma de la cual no es posible apartarse. Si esa cuantía no merece objeción por parte del demandado, es intocable posteriormente y gobierna la secuela del juicio; a más de prevenir nulidades por incompetencia de jurisdicción, regula el procedimiento en todas sus formas y consecuencias, impide determinados recursos y limita el poder jurisdiccional del juez que conozca de la acción. En las notas de su obra sobre Derecho Procesal Civil, dice Chiovenda que "El valor no se considera por la ley sólo como criterio de competencia, sino también para otros efectos. Así para establecer la apelabilidad del pleito, la forma de citación..."

Si la cuantía se estima solamente en la forma exigida por el artículo 205, señalándose el mínimum, se deja abierto el campo a ulteriores posibilidades; y es éste, precisamente, el caso contemplado en el auto del doce de febrero del corriente año citado por el memorialista, donde se dijo: "Cuando la parte actora estimó la cuantía de la acción en suma mayor de dos mil quinientos pesos, quiso fijar una tasa mínima sin atreverse a señalar la máxima, posiblemente porque ignoraba el verdadero precio en que podía ser apreciada la finca, no sólo a la fechá del contrato cuya rescisión se suplicaba, sino al tiempo en que fuera desatada la litis definitivamente. De manera que dejaba la puerta abierta para que dicha cuantía pudiera ser estimada, en la forma determinada por la ley, cuando quiera que fuera indispensable conocer con precisión esa circunstancia, para los efectos de la concesión de un recurso judicial. Al decir que la justipreciaba en valor mayor del indicado, bien podía tal justiprecio exceder de la cantidad de tres mil pesos, señalado por el artículo 519 del C. J. como mínimo para la aceptación de este recurso especial y extraordinario".

Estudiando la forma y manera como debe fijarse la cuantía de la demanda y sus diferentes resultados en el procedimiento, ha dicho la Corte: "Cuando la fijación hecha por el actor tiene un carácter indefinido, como sería el caso en que dijera, v. gr., "una suma mayor de mil pesos", quedaría, si no fuere objetada, fijada aquella para efectos de la competencia, lo cual quiere decir que posteriormente, podría ocurrir avalúo para otros fines, y tal es por ejemplo uno de los casos que están comprendidos dentro del artículo 524 del C. J. Pero cuando el actor estima desde el principio el valor de su acción en una suma concreta y determinada y la parte demandada no ejercita el derecho que le confiere el artículo 206 del C. J., queda por ese mismo hecho, por esa misma fijación, determinada la cuantía. Y si se objetare que la fijación exigida por dicho artículo 205 se refiere, según el mismo, a lo atañedero a la competencia, esa objeción no desvanece lo expuesto, porque apenas habrá para qué observar que en el concepto global de competencia figura la de la Corte para casación, como figura la posibilidad o imposibilidad de este recurso, a la luz del art. 519 del C. J." (Auto del 15 de julio de 1938. G. J. Tomo XLVI, pág. 726).

Dice el reposicionista que en los autos consta que se han plantado varias mejoras, entre la fecha de la demanda y la interposición del recurso extraordinario, por lo cual es posible que haya aumentado el valor de la acción por tal motivo, ya que en estas condiciones ha aumentado también el valor de los bienes raíces materia de la litis, con todo lo cual se presenta la duda de que habla el artículo 524 del C. J. Se observa:

Ya se ha visto que el momento de la determinación del valor de la acción es el momento de la demanda judicial, según el principio de la unidad de la relación procesal; y que en el presente caso la cuantía se fijó en una suma determina-

da. Las posteriores agregaciones o deducciones no pueden influír al particular, puesto que las condiciones de las partes en el momento de la demanda no pueden modificarse después. Al establecerse la demanda pueden computarse los aumentos, accesorios, etc., hasta esa fecha, llamados en conjunto a formar la materia del pleito; pero es claro que para ese mismo efecto no pueden tomarse en cuenta los que con posterioridad a esa fecha puedan resultar o producirse, en razón de los motivos expuestos sobre el momento de la determinación de la cuantía. Al respecto dice Mattirolo: "Para conocer qué cosas deben computarse para formar la masa valuable del pleito, hay que comprender en el cómputo todo y sólo lo que constituye el objeto de la cuestión que debe decidirse. Así, en materia de intereses, de gastos y de daños cuyas demandas suelen, como accesorias, acompañar a la demanda principal debe distinguirse: los intereses ya vencidos, los gastos y daños anteriores a la demanda judicial se suman al capital para calcular el valor del pleito; en cambio no se computan los intereses no vencidos ni los gastos aún no realizados, ni los daños posteriores a la demanda judicial, porque tales cosas no constituyen propiamente objeto de la cuestión deducida en el pleito ni son, en el estado actual del juicio, susceptibles de ser declaradas y liquidadas". Y Chiovenda, ya citado, refiriéndose a la ocurrencia ya traída por el memorialista, dice: "No debe confundirse con el aumento de demanda el aumento de valor de la cosa demandada. Si he reivindicado el fundo corneliano y éste crece de valor durante el pleito en el cual lo he reivindicado, mi demanda no aumenta porque la cosa que pido es siempre la misma". Por manera que aquí, donde se fijó la cuantía de la demanda en una cifra concreta, la ocurrencia invocada por el memorialista no está llamada a producir efecto alguno en lo tocante a este extremo de la relación procesal.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluír que el recurso intentado no puede ser atendido y por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, no accede a reponer el auto anterior de fecha treinta de agosto pasado.

Cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

Respecto de la cuestión sobre admisibilidad del recurso por razón de la cuantía, insistimos en nuestros puntos de vista consignados en el salvamento de voto al auto de la Corte de fecha treinta de agosto último, los cuales damos por reproducidos aquí para no alargar innecesariamente este fallo.

Hernán Salamanca—Isaías Cepeda.

ACCION DE PERJUICIOS—PENSIONES DE OBREROS EN EMPRESAS FERROVIARIAS. DERECHO DE CESANTIA—SECUESTRE JUDICIAL—COSTAS.

1.—Ni la pensión a que tienen derecho los obreros en una empresa ferroviaria de conformidad con el artículo 1º de la ley 1ª de 1932, ni el derecho de cesantía que protege a los empleados particulares, en el caso del ordinal c) del artículo 14 de la ley 10ª de 1934, pueden considerarse como accesorios del sueldo que devenga el empleado; el sueldo es tomado como punto de referencia para fijar el monto de la pensión o del auxilio, pero nada más. Tanto la pensión como el auxilio se consideran como una prestación a que está obligado el empleador o patrón, independientes del sueldo, y como una garantía al empleado que ha servido a una empresa durante cierto lapso, veinte años, o que ha sido despedido de aquélla en las circunstancias establecidas al efecto por la ley. El derecho a la pensión entra dentro de la categoría del orden público y, por lo tanto, es irrenunciable y no puede ser materia de convención entre las partes para disminuírla; lo mismo puede decirse del derecho de cesantía, porque se informa en los mismos principios que dan base al reconocimiento de las pensiones de ciertos empleados. El derecho de cesantía no es, pues, accesorio del sueldo que devenga el empleado, sino una indemnización, y se inspira en un alto concepto de protección individual y social, puesto que a la sociedad no le es indiferente el desamparo del obrero y de su familia. Ese derecho capacita al obrero para atender a sus propias necesidades y a las de su familia mientras consigue nuevo trabajo, lo ampara contra la desvalidez y el desempleo y constituye, como la pensión, una retribución, compensación y en ciertos casos indemnización por el trabajo y los servicios prestados, de modo que no puede considerarse como accesoria del sueldo. — 2.—El secuestre judicial tiene la obligación de retener, cuidar, conservar y entregar, previa orden de autoridad competente, la cosa o el efecto secuestrados, pero nada más y a esto se reducen sus relaciones jurídicas con las partes. La retención del sueldo embargado a un obrero no constituye al patrón en agente oficioso del ejecutante para que tenga la obligación de comunicar a éste el despido del ejecutado. — 3.—La condenación en costas, que es una apreciación del juzgador respecto de la temeridad de la parte vencida en un juicio, no es materia del recurso de casación. 4.—No se puede involucrar la liquidación de costas con la decisión definitiva del pleito, pues la técnica del procedimiento no permite hacer en la sentencia misma la estimación de ellas. Al fijarse en el mismo fallo el monto de la condenación en costas, el litigante condenado no podría acudir a los recursos que le brinda la ley para obtener una reforma en la fijación que ha hecho el juez.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

La síntesis de la demanda y los hechos en que ella se apoya, en el litigio que hoy pasa a decidir la Corte, son los siguientes:

Miguel J. Caldas adelantaba dos ejecuciones por mil setenta pesos contra Juan B. Bolaño, que a la sazón era empleado de The Santa Marta Railway Company Ltd. En curso las ejecuciones, ante el Juzgado de Santa Marta, Caldas le embargó a Bolaño la quinta parte del sueldo que devengaba en la empresa mencionada. Subsistente el embargo, Bolaño fue despedido de la empresa, la cual le cubrió el auxilio de cesantía.

Caldas entonces demandó a The Santa

Marta Railway Company Ltd. para que le pagara los mil setenta pesos monto de las ejecuciones y la suma de cinco mil pesos, por perjuicios por no haber retenido la Compañía el auxilio de cesantía y por no haberle dado aviso al demandante Caldas del despido del ejecutado Bolaño.

En fallo de 13 de septiembre de 1938, el Juez único del Circuito de Santa Marta absolvió a la Compañía demandada de los cargos de la demanda y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial confirmó tal fallo en sentencia de 31 de agosto postrero, con condenación en costas a cargo del demandante, quien interpuso recurso de casación, el que pasa a decidirse.

El recurrente invoca la primera causal de casación y señala como infringidos los artículos 63, 1494, 1613, 1614, 1677, 2253, 2274, 2341, 2343, 2488 del C. Civil, artículo 721, primer inciso, artículo 575, numeral 2º del C. Judicial y 19 de la Ley 62 de 1928.

A este respecto desarrolla su acusación en cuatro capítulos que deben estudiarse en conjunto porque se hallan enfocados sobre un mismo tema a saber: Sostiene el recurrente que la Compañía demandada incurrió en culpa al no haberle hecho saber al demandante el retiro de Bolaño de la Empresa, a lo cual estaba obligada moral y legalmente ya que su silencio hacía incurrir al ejecutante en el error de creer que la traba ejecutiva existía y las retenciones continuaban. El recurrente se expresa así: "Si la Empresa hubiera avisado al Juzgado ejecutor; si le hubiese notificado como era lo correcto del despido que iba a hacer de Bolaño, esas comunicaciones habrían ido al funcionario y entrado al conocimiento de Caldas, quien en tiempo oportuno habría podido actuar, alcanzando los valores que Bolaño recibió, o los bienes en que ellos se transformaron. Nada de esto pudo verificar mi poderdante, porque la Empresa jamás dio aviso al Juzgado de su extraña conducta, de su silencio, de su omisión".

Sostiene además el recurrente que la cesantía es una accesión del sueldo y por eso estima violadas las normas que regulan ese modo de adquirir el dominio.

Las partes han convenido, y no han disputado sobre este extremo, a saber: que Caldas ejecutó a Bolaño, que el Juez en virtud de la denuncia de bienes embargó la quinta parte del sueldo del ejecutado, que ese embargo le fue comunicado a la Compañía y que ésta cumplió la orden del Juez.

La controversia versa sobre otro extremo: Sostiene Caldas que la cesantía es accesoria del sueldo y que la Compañía ha debido darle aviso del retiro de Bolaño y que por no hacerlo incurrió en culpa.

El Tribunal fallador no aceptó esas tesis y en esto consiste el principal fundamento de la sentencia. Además, estimó que el derecho de cesantía es irrenunciable e inembargable.

La Corte considera: Ni la pensión a que tienen derecho los obreros de una empresa ferroviaria, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, ni el derecho de cesantía que protege a los empleados particulares, en el caso del ordinal C) del artículo 14 de la Ley 10ª de 1934, pueden considerarse como accesorios del sueldo que devenga el empleado; el sueldo es tomado como punto de referencia para fijar el monto de la pensión o del auxilio, pero nada más.

Tanto la pensión como el auxilio se consideran como una prestación a que está obligado el empleador o patrón, independientes del sueldo, y como una garantía al empleado que ha servido a una empresa durante cierto lapso, veinte años, o que ha sido despedido de aquélla en las circunstancias establecidas al efecto por la ley.

Altas razones de justicia y equidad dan base a las normas legales citadas, una de las cuales tuvo ocasión de estudiar y aplicar la Corte en sentencia de 25 de mayo de 1936 (Gaceta Judicial números 1909 y 1910, página 621). En ese entonces dijo lo siguiente esta corporación, que es aplicable al caso que hoy se estudia: "El contrato de trabajo, dada su categoría especial, su misma naturaleza, tiene

ciertas consecuencias que no se deducen de otras convenciones, y una de ellas es la que en ciertas condiciones y mediante el cumplimiento de ciertas circunstancias, constituídas por el tiempo y la buena conducta, nace al terminarse el contrato y por el hecho de la misma terminación, una vinculación jurídica entre la empresa o el patrón y el obrero y esto es lo que da nacimiento a las pensiones y jubilaciones".

La sociedad y el Estado están interesados en el reconocimiento y efectividad de las pensiones y derecho de cesantía, desde luego que, quedando el empleado incapacitado para el trabajo o privado de éste, quedaría sin medios de subsistencia para él y su familia, y entonces es la empresa donde trabajó el empleado la que debe venir en su auxilio, proveyendo en los términos de la ley a la cesantía o a la jubilación. De otro modo, los empleados inválidos, o envejecidos en el trabajo, o injustamente despedidos vendrían a ser una carga demasiado onerosa para la sociedad, que por el concepto de asistencia pública tendría que auxiliarlos, es decir, tendría que tomar la obligación que primariamente corresponde a la empresa donde el empleado enfermó, envejeció, se hizo inválido o fue despedido sin justicia, lo cual no puede aceptarse hoy, dada la configuración y la naturaleza jurídica del contrato de trabajo.

El derecho a la pensión, dijo la Corte en la sentencia ya mencionada, entra dentro de la categoría del orden público y por lo tanto es irrenunciable y no puede ser materia de convención entre las partes para disminuírla; lo mismo puede decirse del derecho de cesantía, porque se informa en los mismos principios que dan base al reconocimiento de las pensiones de ciertos empleados.

El derecho de cesantía no es pues accesorio del sueldo que devenga el empleado, sino una indemnización, y se inspira en un alto concepto de protección individual y social, puesto que a la sociedad no le es indiferente el desamparo del obrero y de su familia.

Ese derecho capacita al obrero para atender a sus propias necesidades y a las de su familia mientras consigue nuevo trabajo, lo ampara contra la desvalidez y el desempleo, y constituye como la pensión, una retribución, compensación y en ciertos casos indemnización, por el trabajo y los servicios prestados, de modo que no puede considerarse como accesorio del sueldo.

De lo anterior resulta que los cargos contra la setencia por violación de las normas que reglan la accesión son impertinentes y que el Tribunal fallador está en lo cierto al sostener que con el pago de la cesantía no se violó la situación adquirida por el actor con el embargo del sueldo.

Las disposiciones sobre culpa contractual y extracontractual que cita el recurrente como infringidas por la sentencia, no inciden en casación, como tampoco podían incidir en las instancias, por lo siguiente: a) porque siendo todo embargo taxativo, no comprende sino aquello que ha sido trabado por orden judicial; si pues el derecho de cesantía no fue embargado a Bolaño, la Compañía demandada podía pagárselo libremente a éste. Ya se vio y se explicó, por qué ese derecho no es accesorio del sueldo que devenga el empleado; b) porque si la obligación de la persona o entidad a quien se le comunica el embargo de un sueldo, es la de retener lo embargado, esa retención no lo constituye en agente oficioso del ejecutante, para que tenga la obligación de comunicar a éste, el despido del ejecutado. El secuestre judicial —y esa es la doctrina que se desprende de los artículos 2276 y 2277 del C. Civil— tiene la obligación de retener, cuidar, conservar y entregar previa orden de autoridad competente, la cosa o el efecto secuestrado, pero nada más y a esto se reducen sus relaciones jurídicas con las partes, y c) porque no habiéndose trabado esta litis en el concepto de que la parte demandada no retuvo el sueldo embargado a Bolaño, y antes bien apareciendo que cumplió a ese respecto con la orden del Juez de Circui-

to, no se le puede deducir ninguna responsabilidad por ese extremo.

La acusación por violación de los artículos 721 y 575 del C. Judicial, por haber sido el demandante condenado en costas, no puede prosperar, puesto que como lo ha dicho la Corte, la condenación en costas que es una apreciación del juzgador respecto de la temeridad de la parte vencida no es materia del recurso de casación.

Claro es que cuando se casa la sentencia en que ha habido tal condenación, desaparece ésta pero esto es por efecto del fallo de la Corte y como consecuencia del fallo infirmatorio; pero no como revisión en casación de tal extremo, el cual queda en firme, como es obvio, cuando la sentencia no es casada.

El recurrente ataca la sentencia por falta de apreciación y apreciación errónea de las pruebas. Sobre este particular alega que "en el fallo recurrido brilla por su ausencia todo estudio de las pruebas, porque el Tribunal se encastilló en detener su atención sólo al problema de qué era la cesantía. Por este método olvidó, prescindió, desestimó las probanzas aportadas por el señor Caldas".

La Corte considera: La falta de apreciación de la prueba, a que se refiere el recurrente, es el dictamen pericial sobre el monto de los perjuicios que reclama Caldas. Pero habiendo considerado el Tribunal que el derecho de cesantía no estaba embargado no era accesorio del sueldo, resultaba inoficioso el estudio de cualquiera prueba, sobre el monto de perjuicios, por cuanto el fallador no podía pronunciarse afirmativamente respecto de éstos, sino en cuanto hubiera prosperado alguno de los extremos fundamentales de la demanda y de que ya se ha hecho mérito.

Por lo tanto el cargo no puede prosperar. Para que éste tuviera incidencia, hubiera sido preciso que deducida la responsabilidad de la compañía demandada, en el concepto que le asigna el demandante, el Tribunal hubiera hecho caso omiso de la prueba pericial sobre monto de los perjuicios. Pero ya se vio que no podía entrar el fallador en la cuestión de hecho, desde luego que la fundamental, la de derecho, fue resuelta adversamente al actor.

El recurrente estima violado el artículo 19 de la Ley 62 de 1928 por cuanto el juzgador, apartándose de ciertos trámites, fijó en la misma sentencia el monto de la condenación en costas.

Efectivamente el Tribunal no sólo condenó en costas al demandante, lo cual es legal según ya se vio, sino que fijó el monto de esa condenación en $ 150 y esa fijación en la forma en que lo hizo el fallador, no sólo es irregular sino que apartándose del procedimiento establecido por el legislador para hacer esas clases de fijaciones, desconoce el derecho que tiene el condenado en costas a reclamar contra el monto de la fijación de ellas y viola la norma invocada por el recurrente en el motivo que se estudia.

Lo anterior es claro: porque no pudiéndose modificar ni reformar una sentencia por el mismo juez que la dicta, al fijarse en el mismo fallo el monto de la condenación en costas, el litigante condenado no podría acudir a los recursos que le brinda la ley para obtener una reforma en la fijación de las costas. De ahí que esto sea motivo de un procedimiento especial.

En sentencia de 23 de noviembre pasado (Gaceta Judicial número 1951, Tomo XLVIII, página 917), estudió la Corte ese mismo punto y dijo lo siguiente, que hoy queda reafirmado: "La técnica del procedimiento no permite hacer en la sentencia misma la estimación de las costas. En ésta, como en los autos interlocutorios que deciden un incidente, apenas se resuelve si se condena o no en costas a alguno de los litigantes, según las reglas que al respecto da la ley procedimental. Pero su liquidación en la que intervienen en su parte correspondiente, el Juez y su Secretario, es cosa distinta sometida a trámites especiales en que existen traslados, oposiciones y hasta oportunidades probatorias antes de recibir la aproba-

ción judicial que le comunica la exigibilidad y mérito ejecutivo. Es claro que involucrada la liquidación de costas con la decisión definitiva del pleito, se haría irreformable por virtud de la ejecutoria de la sentencia, con violación de las normas de procedimiento a que se ha hecho referencia".

El cargo resulta por lo tanto fundado y en tal virtud es preciso casar la sentencia, para el único efecto de suprimir la fijación de las agencias en derecho, en ciento cincuenta pesos ($ 150), que hizo en la sentencia el Tribunal fallador, quedando el fallo firme en todo lo demás.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **casa parcialmente** la sentencia recurrida, en el sentido de suprimir de ella, como queda suprimida, la fijación de las agencias en derecho en ciento cincuenta pesos, quedando vigente dicha sentencia en todo lo demás. Sin costas en el recurso.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO—PERMUTA—CONTRATOS

1.—La simple intención de renunciar a un derecho no equivale a la renuncia efectiva de éste y hay muchos casos en que esa renuncia, para que sea válida, requiere ciertas formalidades legales. — 2.—En los contratos de permuta las partes determinan en dinero el valor de cada una de las cosas materia de la permuta, lo cual tiene que ser así, puesto que según el artículo 1958 del Código Civil cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio. La referencia a un precio es por lo menos necesaria en dicha convención y no porque se establezca ese precio y se relacione con la cosa que se da en pago, puede decirse que haya cambio de objeto, porque entonces el contrato de permuta entrañaría siempre una novación, lo cual es inaceptable. — 3. Los pactos no tienen la calidad que les asignan los contratantes, sino la que realmente les corresponde según sus caracteres legales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Carlos Eduardo Córdoba, hijo natural de José María Correa R., vendió a Amelia Restrepo v. de Correa, los derechos hereditarios en la sucesión de su padre, según da cuenta la escritura 83 de 6 de mayo de 1933 de la Notaría de Titiribí. El precio de la venta fue el de $ 6,000 en esta forma: $ 2,000 el día en que se firmó la escritura y que la compradora se los entregó a Enrique Pizano para que éste le traspasara a Córdoba, a título de venta, como en efecto lo hizo, cuatro doceavas partes de la finca rural compuesta de los lotes de tierra "La Plancha" y "Cabeceras de Montebello", situada en el Municipio de Salgar del Departamento de Antioquia. Así consta de la escritura número 82 de la misma fecha y de la misma notaría.

Los $ 4,000 restantes se obligó a pagarlos la compradora en ocho doceavas partes de la finca nombrada y "a formalizar esa trasmisión del dominio mentado en el término de un año, contado desde la fecha de esta escritura en adelante".

No habiendo hecho ese traspaso la expresada señora Amelia v. de Correa, Carlos Eduardo Córdoba demandó la resolución del contrato de venta que se hizo constar en la mencionada escritura 83.

Con la demanda hizo otras peticiones, algunas de las cuales no prosperaron. Para el efecto de esta sentencia, y teniendo en cuenta la acusación contra el fallo, no tiene importancia sino el extremo de la resolución del contrato, que decretó el Juez del Circuito de Titiribí el 3 de febrero de 1938 y que confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 23 de junio del año próximo pasado.

Es recurrente la parte demandada y acusa la sentencia alegando la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, por dos motivos, a saber: a) por cuanto, en sentir del recurrente el fallo acusado viola los artículos 15 y 1769 del C. Civil, 471, 604, 605 y 606 del C. Judicial, 1766, 1608 del C. Civil, 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, y b) por cuanto también en concepto del recurrente la sentencia es violadora de los artículos 1625, 1687, 1689, 1690, 1693, 1699, 1700, 1701, 1704, 1849, 1546,

1930, 1530, 1531, 1536, 1540, 1541, 1546, 1627 y 2407 del C. Civil.

Está fuera de debate este punto: la señora Amelia Restrepo v. de Correa, no le traspasó al vendedor Córdoba el dominio de las ocho doceavas partes en la finca "La Plancha" y "Cabeceras de Montebello". De este postulado indiscutible partió el Tribunal, y no halló ni que el vendedor hubiera renunciado a la acción resolutoria ni que hubiera prorrogado el plazo para que la compradora le hiciera la tradición del dominio, que fueron las defensas de la demandada.

El recurrente sostiene que hubo renuncia de la acción o en último caso prórroga del plazo estipulado, y sobre esa base argumenta en el primer motivo alegado, en el cual sostiene que por no haber tenido en cuenta el Tribunal las pruebas que en su concepto acreditan la renuncia o la prórroga, violó, ya por infracción directa, ya por no aplicación al caso del pleito, los artículos que señala en dicho motivo.

Toma el recurrente asidero para su afirmación en la respuesta que el demandante dio a una de las preguntas que se le hicieron en posiciones. La pregunta es esta: "¿Es cierto sí o no, que en varias ocasiones que usted estuvo hablando con el doctor Jaramillo Barrientos, nunca manifestó usted intención de pedir la resolución del contrato porque no se le hubiera otorgado la escritura de la finca "La Plancha" dentro del año preciso convenido?". La respuesta es la siguiente: "No hice esa manifestación al doctor Jaramillo Barrientos, pero sí la hice desde un principio a otras personas".

A juicio de la Corte no pudo incurrir el Tribunal en error manifiesto al apreciar la prueba que resulta de esa contestación, o mejor al estimar que la respuesta trascrita no era confesión de prórroga ni de renuncia de la acción resolutoria, por lo siguiente:

a) porque la simple intención de renunciar a un derecho no equivale a la renuncia efectiva de éste y hay muchos casos en que esa renuncia para que sea válida requiere ciertas formalidades legales; b) porque no aparece siquiera que tal intención se la hubiera manifestado a su cocontratante la señora Restrepo de Correa, y c) porque basta leer todo el cuadro de posiciones y las respuestas del demandante, para concluír que la contestación a la pregunta quinta no puede interpretarse en el sentido que le atribuye el recurrente.

Afirma el recurrente que la sentencia viola los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, por haberlos aplicado indebidamente al caso del pleito. Al respecto sostiene que las declaraciones de testigos "no se enderezan en este caso a desvirtuar la obligación de traspasar las ocho doceavas partes porque ni niegan su existencia ni afirman haberse satisfecho; se refieren únicamente a una modalidad de la obligación: el plazo señalado para satisfacerla. De manera, continúa el recurrente, que aun cuando fuesen testigos los declarantes sobre aquella manifestación que hiciera el actor desde un principio, no serían aplicables al caso los artículos de la Ley 153 de 1887, a que alude el fallo, sobre la prueba relativa a obligaciones cuya cuantía pase de aquella cantidad".

La Corte considera: El Tribunal sostiene que en este caso, y sobre el extremo a que se refiere lo anterior, no son aceptables declaraciones de testigos ni la prueba de presunciones para desvirtuar hechos relativos a una obligación mayor de quinientos pesos. Ahora bien: Teniendo en cuenta este concepto y también el concepto de la acusación sobre este particular, no resultan infringidas, por no aplicación, las disposiciones de los artículos 91 y 92 citados puesto que el primero de ellos preceptúa que no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo expresado en el acto o contrato, aun cuando en alguna de esas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos. Y si bien es cierto, como lo dice el recurrente, que las declaraciones ni niegan la existencia de la obligación ni afirman haberse satisfecho, también lo es, y en esto parece con-

venir el recurrente, que se refieren a una modalidad de la obligación y entonces por lo dicho, esa modalidad no es susceptible de probarse por medio de testigos, por lo expresado, pues vendría a modificar en parte el acto o contrato celebrado entre los contratantes. Tampoco pudo haber sido violado el artículo 93 de la citada ley, el cual no tiene cabida en este pleito por no haberse alegado ni menos demostrado que hubiera un principio de prueba por escrito que hiciera verosímil el hecho litigioso, principio de prueba por escrito emanado del demandado o de su representante.

Conexionadas entre sí la respuesta de Córdoba, que ya quedó trascrita, y las declaraciones de los testigos, suponiendo que fueran adecuadas al caso, no se llegaría con todo a una presunción que constituyera plena prueba, a favor de la aseveración sobre una prórroga del plazo o de la renuncia de la acción resolutoria, porque ya se vio y se explicó, por qué la contestación de Córdoba no tiene la eficacia ni el alcance que le asigna el recurrente.

En vista de lo expuesto se rechazan los anteriores cargos.

Respecto del segundo motivo alegado por el recurrente, se observa lo que sigue: Basta leer el contrato de que da cuenta la escritura 83 ya citada, para concluír que se trata de un pacto por el cual la señora demandada compró los derechos herenciales del demandante en la sucesión de su padre y que sobre pago del precio, parte fue en dinero, $ 2,000, con los cuales compró el vendedor una finca a Enrique Pizano, y el resto, $ 4,000, en ocho doceavas partes de la finca "La Plancha", cuya tradición se obligó a hacerle.

El recurrente estima que el contrato mencionado debe interpretarse y reglarse de acuerdo con las reglas que condicionan la novación y de ahí su diserta exposición sobre ese modo extintivo de las obligaciones y las citas preferenciales, que en el motivo que se estudia hace de las disposiciones referentes a esa figura jurídica y que estima violadas por la sentencia.

Pero basta tener en cuenta los términos del contrato de que da cuenta la escritura 83 y los elementos que constituyen la novación, sustitución de una obligación a otra anterior, la cual queda por lo tanto extinguida, artículo 1687 del C. Civil, cambio de objeto, de acreedor o de deudor, artículo 1690 ibídem, para concluír que el fallo acusado no pudo violar las normas de la novación a que se refiere el recurrente, porque ese extremo no es el discutido en este juicio sino únicamente la acción resolutoria y si es el caso de decretarla o no por incumplimiento de la compradora.

El contrato mencionado es en realidad de permuta y en él se determina la prestación a que está obligada cada una de las partes. La demandada obtuvo según ese pacto unos derechos y acciones hereditarios, el demandante unos derechos en la finca rural denominada "La Plancha", en esta forma: Los que le traspasó Pizano al actor y los que la demandada se comprometió a traspasar al demandante. Se fijó el plazo para este último traspaso, un año, y como era obvio se le dio un valor, el de $ 4,000 a las ocho doceavas partes, en la citada finca de "La Plancha", que debía traspasar según lo dicho la señora Restrepo de Correa al señor Córdoba. Pero es claro que al fijarse ese precio y luégo convenir los contratantes en que estaba representado en las ocho doceavas partes de la finca, no hubo cambio de objeto porque es bien sabido que en los contratos de permuta, las partes determinan en dinero el valor de cada una de las cosas materia de la permuta, y lo cual tiene que ser así, puesto que según el artículo 1958 del C. Civil cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio. La referencia a un precio, es por lo menos necesaria en dicha convención y no porque se establezca ese precio y se relacione con la cosa que se da en pago, puede decirse que haya cambio de objeto,

porque entonces el contrato de permuta entrañaría siempre una novación, lo cual es inaceptable. Las partes dieron al contrato el nombre de compraventa, pero los pactos no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales y en el caso presente el pacto a que se refiere la escritura 83 es una permutación o cambio, figura reglada por los artículos 1955 a 1958 del C. Civil. De modo pues que para la existencia de la novación, por el cambio de objeto, hubiera sido necesario que las partes contratantes posteriormente a la celebración de ese contrato hubieran convenido o celebrado otro en el cual se variara el objeto de la obligación, lo cual no ha sucedido.

De acuerdo con el contrato verificado entre demandante y demandada, éste debía traspasarle el dominio de las ocho doceavas partes de la finca "La Plancha" al demandante, dentro del término estipulado en el pacto, lo cual no hizo, y de ahí que haya prosperado la acción resolutoria por aplicación del artículo 1546 del Código Civil.

No pudo haber violación del artículo 1849 del Código Civil por el concepto que le asigna el recurrente o sea en cuanto "al admitir la obligación de pagar las ocho doceavas partes, sin que intervenga la novación de pagar el precio en dinero, se quebranta precisamente esa norma, que toca con uno de los elementos esenciales del contrato de venta", por cuanto, se repite, basta la lectura del contrato de que da cuenta la escritura 83, para concluír sin lugar a duda que la compradora contrajo la obligación de pagar parte del precio, haciéndole al vendedor tradición de unos derechos, dentro de un plazo determinado, un año, y que para nada intervino en el contrato ni en el litigio el concepto de novación.

Los cargos expuestos en el motivo que acaba de estudiarse, no pueden por lo tanto prosperar.

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

Las costas son de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE ENTREGA DE VALORES O SOBRE RESTITUCION DE UNA PRENDA.—SOCIEDAD COMERCIAL CUYA PERSONERIA SUSTANTIVA SE DESCONOCE OFICIOSAMENTE.

1.—Demandada una sociedad para la devolución de una prenda que recibió de su deudor no le es lícito al juzgador entrar en el estudio de si fue o no bien constituída, si se constituyó por escritura pública, etc., absteniéndose así de estudiar el proceso en el fondo. La falta en que hubiera incurrido la sociedad no podría ella aducirla en su descargo, dadas disposiciones legales como las de los artículos 472 y siguientes del C. Co. Si se la absolviese por ese motivo la sanción por la falta recaería sobre los terceros; y la sociedad y las personas que de hecho la formaron obtendrían una situación ventajosa, contra lo preceptuado en esas disposiciones y contra el aforismo *"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"*. — 2.—No puede entenderse que haya oposición entre los artículos 480 y 553 del C. J. Si aquél en su inciso 2º remite a éste cuando sea imposible fijar la cantidad líquida y aun establecer las bases de la respectiva liquidación, no por eso libra al juzgador del deber de buscar y trazar la mayor precisión posible; de manera que si en un caso dado se impone la remisión a las partes al 553, no por esto ha de dejárselas en una indeterminación tal que, con motivo o a pretexto de la tramitación del mismo, vengan a revivirse cuestiones decididas en la instancia o a presentarse temas que no figuraron en las del juicio decidido por la sentencia de cuya ejecución se trata. Con esta finalidad preventiva y ante todo por lo ordenado en dicho artículo 480 en su inciso 1º y por los artículos 471, 472 y 481 de ese Código, es de rigor que para delimitar y definir en lo posible la tramitación del artículo 553, cada sentencia aproveche todos los datos conducentes contenidos en el proceso. — 3.—La retención hecha por la Bolsa de valores de una prenda constituída por un corredor de bolsa ante ella, no puede erigirse en perjuicio moral, entre otras razones porque el simple hecho de que a una persona que ha cancelado una deuda dada se le resista su acreedor a devolverle la prenda con que la caucionó, por sí solo no implica nada que a esa persona le sea desdoroso o que la desacredite.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Deogracias Montoya demandó a la Bolsa de Bogotá, S. A., en vía ordinaria para que se la condene a entregarle los valores discriminados en el libelo y a pagarle los perjuicios por la no entrega y las costas.

La primera instancia cursó en el Juzgado 5º de este Circuito, donde se decidió el 16 de diciembre de 1937 condenando al demandado a pagar perjuicios en cuantía que se fijara según el artículo 553 del C. J. y negando la ,orden de entrega y la condenación en costas.

Apelado ese fallo por ambas partes y tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior sentenció el 29 de noviembre de 1939 revocándola por hallar ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado, por lo cual estimó no ser el caso de decretar ninguna de las solicitudes del demandante.

Este interpuso casación, recurso que ya

es oportunidad de decidir. A que se procede.

Los valores en referencia son las acciones de la Bolsa de Bogotá y del Banco Hipotecario de Bogotá detalladas en el libelo, entregadas por Montoya a la Bolsa para asegurarle las obligaciones que para con ésta contrajo él cuando a ella llegó como corredor al ocurrir la incorporación de la Bolsa de Colombia. Al separarse Montoya de ese cargo, exigió a la Bolsa de Bogotá la devolución de la prenda, afirmando estar canceladas sus obligaciones de corredor, y ella se denegó a restituírsela por estar pendientes otras obligaciones en que Montoya figura como responsable y que ella sostiene que están respaldadas también con esa caución.

De ahí se originó el pleito, que en rigor de verdad se concreta a si efectivamente se produce o no la situación afirmada por la Bolsa y por tanto se justifica o no la retención de la prenda.

El Juzgado, hallando comprobada la afirmación de Montoya de que las otras obligaciones aludidas no están respaldadas por la prenda, encontró a la Bolsa consiguientemente obligada a restituírla y si se abstuvo de ordenar la entrega fue sólo por aparecer embargadas dichas acciones en juicio ejecutivo contra Montoya, y en cuanto a los perjuicios, estimó comprobados los materiales y los morales, no su cuantía, y remitió a las partes al citado artículo 553, delimitándolos en esta forma, por lo que respecta al tiempo: señala como fecha inicial el 13 de mayo de 1936 en que Montoya se retiró de la Bolsa dejando canceladas sus obligaciones de corredor, y como fechas terminales el 29 del mismo mayo y el 13 del siguiente julio, respectivamente, para los dos grupos de acciones embargados en estas fechas, en que el embargo vino a justificar la retención o, por mejor decir, a impedir la devolución.

El Tribunal, por su lado, razona así: la existencia de la sociedad demandada debió acreditarse con la certificación del Presidente y del Secretario de la Cámara de Comercio exigida por el artículo 40 de la ley 28 de 1931, y en vez de ese comprobante se adujo certificado de la Superintendencia Bancaria sobre que el señor Manuel V. Ortiz desempeña el cargo de "Gerente de la Bolsa de Bogotá, sociedad anónima con domicilio en esta ciudad", lo que no es adecuado por no tratarse de un Banco y, por lo mismo, no ser aplicable el art. 104 de la ley 45 de 1923. Agrega que la vigilancia de la Superintendencia sobre ciertas sociedades como la Bolsa de Bogotá de que habla el art. 7º de la ley 16 de 1936, no implica asimilación de éstas a bancos. Añade el Tribunal: "Es corolario de todo lo antedicho que en estos autos no aparece acreditada en forma legal la existencia de la sociedad Bolsa de Bogotá, sujeto pasivo de la obligación demandada". De aquí deduce la falta de personería sustantiva, "toda vez que el pleito no se ha trabado entre partes sustantivamente legítimas, pues de las probanzas aducidas no resulta demostrada la existencia jurídica de la sociedad en referencia. ."

De los cargos del recurrente contra el fallo del Tribunal se destaca el de violación por no haberlo aplicado, debiendo hacerlo, del artículo 2426 del C. C., inciso 1º, que dice: "Satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituírse la prenda".

El recurrente razona, en suma, así: si las obligaciones aseguradas con la prenda quedaron satisfechas, el deber del acreedor prendario era restituírla; de suerte que el Tribunal dejó indebidamente de aplicar y obedecer la disposición trascrita, a que se vio conducido por su concepto sobre formalidades y solemnidades de la sociedad demandada y de su existencia, extrañas a la cuestión debatida. A este respecto dice: "Habiendo contestado la demanda el propio Gerente de la sociedad demandada y habiéndola representado en el juicio sin alegar en parte alguna su falta de representación o poder ni mucho menos la existencia de la sociedad Bolsa de Bogotá, el Tribunal de oficio viene a declarar, no sólo la falta de

representación sino la inexistencia de la sociedad referida".

Se advierte que el Tribunal no planteó la cuestión de la personería adjetiva, sino la de la sustantiva. El reparo lo hizo a la existencia misma de la sociedad demandada, sin referencia o alusión o sugestión sobre que la persona que ha figurado como su Gerente no lo sea.

Ahora bien, aquí no se ha puesto sub judice por las partes, ni como acción ni como excepción, nada atañedero a esa existencia; ni la demanda se relaciona siquiera con algo concerniente a la regularidad o irregularidad con que la entidad demandada se formara y funcione; ni se ejercita acción nacida del contrato de sociedad; simplemente se trata de un deudor que, sosteniendo haber cancelado su deuda, exige de su acreedor le restituya la prenda que le dio para garantizársela y le indemnice los perjuicios que le causó por no habérsela devuelto.

Siendo esto lo controvertido y siendo esa la situación de las partes, no puede desviarse la atención hacia problema tan extraño como el de indagar si la sociedad demandada se constituyó o no debidamente y si está o no autorizado en ley su funcionamiento o marcha. En general, tratándose de sociedad, en el peor de los supuestos no hay siquiera escritura pública constitutiva ni, por tanto, lugar a registro alguno; de suerte que no puede en tal evento ni pensarse en certificado de Cámara de Comercio, y con todo, en tan extrema situación, al juzgador no le sería dado abstenerse de estudiar a fondo el proceso en que una sociedad, que así sería meramente de hecho, es demandada para que devuelva la prenda que recibió de un deudor que le ha pagado la deuda respectiva; ni le sería dado tampoco al hallar acreditado en ese proceso estos hechos, denegarse a obedecer la disposición imperativa sobre restitución y a condenar en fuerza de ella a esa sociedad, absolviéndola por haber faltado ella al lleno de las formalidades necesarias para su regular vida jurídica.

Esa falta no podría ella aducirla en su descargo, dadas disposiciones legales como las de los artículos 472 y siguientes del C. Co. Si se la absolviese por tal motivo, la sanción por la falta recaería sobre los terceros; y la sociedad y las personas que de hecho la formaron obtendrían una situación ventajosa, contra lo preceptuado en esas disposiciones y contra el aforismo nemo auditur propiam turpitudinem allegans.

En sentencia de 10 de marzo de 1936 (G. J., pág. 562, Tomo XLIII), dijo esta Sala: ".....por omitirse el oportuno registro comercial, no se afectan en ningún sentido las operaciones celebradas con terceros. Estos pueden demandar a la sociedad considerándola, a su elección, regular o de hecho, y pueden demandar también a los socios..." "Si con fundamento en un contrato válido, cuya validez no se afecta porque la sociedad fuera ilegalmente constituída (artículo 479 C. de Co.), decide el Juez que los terceros contratantes paguen a la supuesta sociedad regular, ningún riesgo corren ellos por no haber pagado a la real sociedad de hecho porque, interesados como están en la existencia de la sociedad a quien pagaron como si fuera regular, quedarían libres de pagar otra vez a la sociedad de hecho, a causa de que los socios no pueden, por ningún motivo, alegarles la falta de una o más de las solemnidades mencionadas (artículo 477)".

Aquí no se trata, como queda dicho, de nada relacionado con la regularidad de la sociedad demandada, la cual, a más de no formular el menor reparo o alusión a falta alguna de formalidad legal sobre su existencia y correcto funcionamiento, es sobre la base de éste como afronta el pleito y se esfuerza en él por justificar la retención de la prenda que forma la materia del litigio.

Por tanto, los conceptos del presente fallo sobre personería de ella y sobre no ser el caso de desviar hacia aquélla la atención del juzgador, en nada infirman los preceptos legales que, cuando sí es el caso, obligan a tener presente todo lo im-

plicado en ley por la calidad de solemne del contrato de sociedad comercial.

Debiendo, pues, el sentenciador en el presente caso entrar en el fondo del problema que es la sujeta materia del litigio, estudiará ante todo los hechos para saber si efectivamente la retención de la prenda carece de justificación, como asevera el demandante, o si tiene la que le atribuye la sociedad demandada, porque de ahí se deducirá si se admite o rechaza el cargo antedicho de violación de la disposición legal que obliga al acreedor prendario a restituír la prenda una vez cancelada la deuda que ésta garantiza.

El documento de prenda figura al folio 13 del cuaderno 2º y también, en copia, en las diligencias anteriores a este pleito de que se hablará adelante. (Fol. 2º, Cno. 1º). Discrimina los títulos que la Bolsa recibió en esa calidad y al pie tiene esta nota firmada por Montoya: "Los valores anteriores respaldan el cumplimiento de todos los compromisos que en mi carácter de corredor contraje con la Bolsa de Bogotá, S. A., en la forma y términos y con las condiciones que establecen los reglamentos de la entidad. En consecuencia, autorizo a la Bolsa para vender los valores relacionados, en la forma que lo estime conveniente y en los casos previstos por los reglamentos".

El Gerente al absolver posiciones respondió: "Las operaciones realizadas por el señor Doegracias Montoya relacionadas con el comercio de valores en su calidad de miembro corredor o comisionista podían estar cumplidas el 14 de mayo de 1936, pero estaban incumplidas las que motivaron los pagarés a que me referí en la respuesta anterior". Y ésta reza: "El 14 de mayo de 1936 el señor Deogracias Montoya tenía pendientes como tiene actualmente en la Bolsa de Bogotá, S. A., obligaciones que constan en pagarés que sirven de título ejecutivo ante el Juzgado 1º del Circuito de Bogotá".

La Bolsa no se ha acogido al inciso 2º del citado artículo 2426 ni ha invocado que los aludidos créditos pendientes estén en el caso de este inciso, sino que esos créditos pendientes, aunque distintos de los que al decir de Montoya le bastó a él cancelar para redimir la prenda, no permiten que este resultado se produzca, por que lo impide el artículo 51 de su reglamento. La Bolsa invoca, pues, este art. 51 como respaldo de su negativa a restituír. El dice: "Los miembros de la Bolsa para garantía de sus obligaciones a plazos y al contado deberán dar a ésta las siguientes cauciones: a) Una prenda de valor de tres mil pesos ($ 3,000) antes de hacer postura para el remate de un puesto. b) Una prenda por lo menos igual al diez por ciento (10%) del monto de las operaciones que celebren a plazo. c) Una acción de la Bolsa de Bogotá, S. A. d) El certificado de ser propietario de un puesto el cual debe ser endosado a favor de la Bolsa". En seguida entra este artículo 51 a reglamentar cómo pueden entregarse las garantías de los puntos a) y b) y a ordenar que si éstas son en acciones, deben cederse a la Bolsa en calidad de prenda, y cierra con la advertencia de que la Cámara de la Bolsa puede exigir garantías adicionales cuando lo juzgue conveniente. (Cdno. 1º, fols. 22 v. y 23).

El Gerente hace hincapié en que hay operaciones al contado y operaciones a plazo y advierte, en lo tocante a Montoya, que si las primeras quedaron canceladas al retirarse él de su puesto de corredor, no sucede lo mismo con las segundas, que son las que aquél entiende respaldadas en forma permanente mediante la prenda. De ahí su negativa a entregarla.

Pero el que haya esas dos clases de transacciones —contado y plazo— de las cuales habla el reglamento en su artículo 43, no significa que no pueda haber obligaciones diferentes de las que un miembro de la Bolsa celebra como tal. Montoya niega que las restantes obligaciones en que está comprometida su firma quedaran respaldadas por la prenda con que aseguró sus obligaciones de corredor, y lo niega porque aquéllas no son de esta clase, pero no porque sean a plazo. El ser ellas a plazo nada significa contra la circunstancia de corresponder a préstamos

personales a Montoya y a otros por contratos de mutuo extraños a las obligaciones de Montoya como corredor, que fueron las únicas en cuyo respaldo se constituyó la prenda.

No obran en este expediente los documentos de las dos obligaciones en que el Gerente respalda su negativa. En la indagatoria a que dio lugar la denuncia criminal de Montoya determina esos créditos diciendo que uno por $ 12,710.40 la Bolsa de Bogotá lo recibió de la de Colombia en $ 6,355.20 por haber abonado algunos de los deudores la diferencia, y el otro, por $ 6,830.57, lo recibió la Bolsa de Bogotá en $ 2,732.21 por la misma razón. Esas diligencias vinieron a este proceso en copia (Cdno. 1º, fols. 1 a 6). Allí se ve que el Gerente los presentó. El Juez Superior, que por esto los tuvo a la vista, dictó el 3 de agosto de 1936 auto de sobreseimiento por tratarse de obligación civil sin base para acción criminal. Allí dice: "Es indudable que la garantía específica de las acciones depositadas es para respaldar los compromisos de corredor de la Bolsa; pero no para respaldar créditos diferentes a cargo del señor Montoya en contratos de mutuo personal celebrados con prescindencia del cargo oficial que desempeñaba, toda vez que no se hizo la obligación en su calidad de tal, como quiera que en los documentos de fechas 13 y 27 de marzo del año próximo pasado solamente se obligó como simple particular. Así las cosas, no es legal la retención de las acciones, porque la garantía no ampara dichos documentos, a pesar del artículo 51 del reglamento, desde luego que no se estipuló así en ellos. Una sociedad anónima puede contratar con personas vinculadas a la institución, ora con el carácter oficial que tengan, ora con la calidad de personas naturales, como en el caso de que se trata. Si se hubiera celebrado el contrato de mutuo con el señor Montoya aludiendo a la garantía mencionada, la retención sería un derecho indiscutible al tenor del artículo 2421 del C. C.; pero, habiéndose verificado el pago de lo garantizado con la prenda, no hay razón para negarse a restituír la cosa ni aun habiendo otros créditos a cargo del mismo señor Montoya. (Artículo 2418, inc. 3º, del C. C.)".

El Tribunal, confirmando el sobreseimiento por no tratarse de acto que motive acción criminal, comparte ese concepto diciendo: "Lo que sucede es que el denunciado está en mora de cumplir la obligación civil de restituír..."

La sentencia de primera instancia en el presente juicio dice al respecto: "Las prendas que en ese artículo (el 51) se determinan, garantizan las obligaciones a plazo y al contado que contraen los miembros de la Bolsa en las transacciones de que trata el artículo 43 de los mismos reglamentos, es decir, las operaciones comerciales llevadas a cabo en las ruedas y en la forma y términos que lo permitan los reglamentos, y debe entenderse así porque el artículo que trata de las garantías señala éstas para las obligaciones a plazo y al contado de los miembros de la Bolsa y se encuentra en el mismo capítulo que trata de las transacciones y sus liquidaciones, transacciones que, dice el artículo 43, serán al contado o a plazo; de manera que las garantías que prestan los miembros de la Bolsa son para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que contraen en las operaciones de Bolsa, o sea, en la compra y venta de los valores que en ella se negocian, y no para las obligaciones de distinto orden a favor de la Bolsa, aun cuando ellas se originen de contratos celebrados con sus mismos miembros; el cumplimiento de tales obligaciones fue lo que Montoya garantizó con los valores que dio en prenda".

A las anteriores reflexiones cabría agregar o anteponer ésta, que habría bastado: la Bolsa excepciona contra el citado artículo 2426, inciso 1º, aducido desde su demanda por Montoya, y por lo mismo era de cargo de ella comprobar su excepción consistente en que las referidas obligaciones pendientes fueron respaldadas por la prenda, y no lo comprobó.

De lo expuesto se deduce la procedencia del cargo relativo a ese artículo 2426,

cargo cuya aceptación determina la infirmación del fallo recurrido, por lo cual, de conformidad con el artículo 538 del C. J., la Corte no considera las causales restantes y dicta la resolución que corresponde, que es, en este caso, la sentencia que ha de reemplazar la del Tribunal. Como motivación del nuevo fallo de instancia, a lo antedicho se agregan estas consideraciones:

Reconocida la obligación de restituír la prenda, debe ordenarse su cumplimiento; pero al hacerlo así, habrá de tenerse presente lo que corresponde a la circunstancia de aparecer aquí embargados los títulos en que la prenda consiste. Formando los folios 2 a 5 del cuaderno 3º, se hallan en copia venida como prueba estas piezas tomadas del juicio ejecutivo seguido contra Montoya en el Juzgado 1º Civil de este Circuito: auto de 29 de mayo de 1936 que decreta el embargo preventivo de 300 acciones de la Bolsa de Bogotá amparadas por los títulos 1033, 1034, 1035 y 4120 respectivamente por 56, 100, 100 y 44 acciones; y auto de 13 de julio de ese año que decreta el embargo de 114 acciones de la misma Bolsa, con títulos 848, 1028 y 1519, y de 45 acciones del Banco Hipotecario de Bogotá cuyos títulos son el 7354 y el 7391, todo ello como de propiedad del ejecutado Montoya. Y las diligencias de 18 de agosto y 14 de diciembre de ese año en que se depositaron y avaluaron esos dos grupos de acciones, en su orden.

En esa copia se ve otro embargo, el decretado el 4 de julio, que no se discrimina aquí por extraño a la presente controversia.

Una depresión psíquica que hubiese inhabilitado a Montoya para su labor habitual o al menos disminuídole, así fuera temporalmente, sus capacidades, o un descrédito que lo descalificara comercialmente o le abajara su buen nombre, o, en general, algo de esa índole, habría constituído perjuicio moral; pero sobre perjuicios de esta clase nada acreditó, porque la prueba que figura sobre este capítulo es sólo la retención de la prenda, y esta mera circunstancia, aun agregando el conocimiento de ella por el público, no puede erigirse en perjuicio moral, entre otras razones porque el simple hecho de que a una persona que ha cancelado una deuda dada se le resista su acreedor a devolverle la prenda con que la cauc ionó, por sí solo no implica nada que a esa persona le sea desdoroso o que la desacredite.

Los testigos traídos por Montoya afirman que se le disminuyó la producción de sus actividades para la época en referencia, o sea, la iniciada con la retención el 13 del citado mayo, y opinan que esto se debió a que lo supo el público (Cdno. 2º, fols, 4 a 11 y 17). Debe distinguirse entre la disminución, que sí es un hecho dentro de las declaraciones de los testigos, y su opinión sobre que obedeció a ese motivo, la que es una conjetura de ellos. Por otra parte, no puede pasarse por alto la coexistencia de la retención con el retiro de Montoya de la Bolsa, ni la innegable influencia de este retiro sobre la productividad de su labor de corredor o comisionista, al menos por entonces.

Montoya no ha aducido sobre los perjuicios morales y materiales de que se queja sino la prueba testimonial que acaba de esbozarse o resumirse. Veces hay en que el incumplimiento del deudor de obligaciones de dar o hacer priva a su acreedor de un medio indispensable para realizar una operación lucrativa o evitarse una pérdida. Frecuentemente ocurre que por no tener en oportunidad cierto dinero, una persona no puede impedir que se le remate una finca o se resuelva una compra que había hecho a plazo, o no puede comprar algo que de ocasión se le ofrece a precio ventajoso. Estos ejemplos, aducidos aquí sólo en calidad de tales, hacen ver el contraste entre los litigios en que se alegan y prueban circunstancias como esas, y la presente controversia en que la queja y prueba de perjuicios se reduce a lo antedicho.

Así las cosas, se impone esta conside-

ración: como se trataba de acciones que por sí mismas o, con más veras, vendidas, representaban para Montoya una cantidad de dinero de que se vio privado por la retención, el perjuicio de que debe ser indemnizado, no habiendo acreditado ninguno otro, y que es moratorio y no compensatorio, tiene que consistir en los intereses. Este será el mayor interés corriente en Bogotá (C. Co., artículo 219), sobre lo que se compruebe que era aquí para el 13 de mayo de 1936 el precio de las acciones empeñadas, y se liquidará desde ese día hasta el 29 del mismo mayo para las unas y hasta el 13 de julio de ese año para las otras, esto es, para uno y otro grupo hasta la fecha de su embargo respectivo. Así se delimita en este caso el alcance del artículo 553 del C. J., al que habrá de remitirse a las partes por ignorarse aquí ese valor de las acciones empeñadas y la tasa de ese interés.

No puede entenderse que haya oposición entre los artículos 480 y 553 del C. J. Si aquel en su inciso 2º remite a éste cuando sea imposible fijar la cantidad líquida y aun establecer las bases de la respectiva liquidación, no por eso libra al juzgador del deber de buscar y trazar la mayor precisión posible; de manera que si en un caso dado se impone la remisión a las partes al 553, no por esto ha de dejárselas en una indeterminación tal que, con motivo o a pretexto de la tramitación del mismo, vengan a revivirse cuestiones decididas en la instancia o a presentarse temas que no figuraron en las del juicio decidido por la sentencia de cuya ejecución se trata. Con esta finalidad preventiva y ante todo por lo ordenado en dicho artículo 480 en su inciso 1º y por los artículos 471, 472 y 481 de ese Código, es de rigor que para delimitar y definir en lo posible la tramitación del artículo 553, cada sentencia aproveche todos los datos conducentes contenidos en el proceso.

Lo conceptuado aquí sobre perjuicios y su comprobación, explica por qué no se acoge el dictamen pericial que los avaluó en la primera instancia.

Cuanto a costas, es de negarse la condenación pedida por Montoya a cargo de la Bolsa de Bogotá, porque, aunque la retención de las acciones no está respaldada por la ley, no incurrió en temeridad al afrontar el pleito, tanto porque en lo tocante a devolución de la prenda ya mediaba el embargo y secuestro antedichos cuando la demanda inicial de este juicio se le notificó, cuanto porque, en lo atañedero a perjuicios, aunque se hubiera allanado desde luego a pagarlos, su fijación justificaría la secuela de un pleito.

Adelantaba la Sala el estudio del proyecto de sentencia presentado por el sustanciador, cuando de ella se retiró en uso de licencia el Magistrado doctor José Miguel Arango y entró a reemplazarlo el suplente doctor Daniel Anzola, que había formado parte de la Sala de Decisión del Tribunal que pronunció la sentencia recurrida, de que él fue ponente. El consiguiente impedimento y su tramitación de ley determinó que, separado el doctor Anzola, se integrase la Sala con el Conjuez sorteado al efecto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve de noviembre último, y reformando la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 5º Civil del Circuito el diez y seis de diciembre de 1937, falla este pleito así:

1º Condénase a la Bolsa de Bogotá, S. A., a restituír al señor Deogracias Montoya cuarenta y cinco acciones del Banco Hipotecario de Bogotá, representadas por los títulos 7354 y 7391, y cuatrocientas catorce acciones de la Bolsa de Bogotá, S. A., representadas por los títulos 1033, 4120 y 1035 expedidos a favor de Deogracias Montoya y 0848, 1519 y 1028 expedidos a favor de Darío Robledo, Enrique Escobar M. y Rafael Saray, respectivamente, los cuales documentos entregó en prenda Montoya a la Bolsa de Bogotá, S.

A., según recibo fechado en Bogotá el 26 de marzo de 1936.

Parágrafo. La ejecución de la sentencia a este respecto queda condicionada por el embargo y depósito de aquellos documentos en el juicio ejecutivo contra Montoya seguido en el Juzgado 1º Civil de este Circuito citado en la parte motiva de este fallo.

2º Condénase a la misma parte demandada a pagar a dicho Montoya el valor de los perjuicios materiales que le causó con no haberle entregado en oportunidad los referidos documentos que de él había recibido en prenda. Ese valor se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J. y dentro de las normas señaladas al efecto en la parte motiva de este fallo.

3º No hay lugar a hacer las demás declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda.

4º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Conjuez, **Antonio Rocha. — Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

ACCION DE "IN REM VERSO"—PRINCIPIOS DE INTERPRETACION PARA LA APLICACION DE LAS LEYES.—ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA—INCONGRUENCIA.

1.—En el estudio de los asuntos que se someten a la decisión judicial y cuyo sentenciamiento no puede rehusarse pretextando silencio, oscuridad o deficiencia de la ley, puede hallarse el juzgador en cuatro situaciones diversas en la aplicación de las leyes: existe disposición legal precisa y clara aplicable al caso; el texto legal aplicable es oscuro; coexisten dos disposiciones legislativas aplicables al asunto, la una anterior y posterior la otra, y, finalmente, no hay disposición aplicable porque la ley no ha contemplado el caso. Para todas estas ocurrencias la ley misma consagra e impone reglas y principios de interpretación por vía de doctrina que resuelven las situaciones conflictivas en su aplicación para los fines de la justicia, haciendo indispensable la del texto legal claro y preciso, dando normas y principios obligatorios de hermenéutica para ilustrar y resolver casos oscuros y dudosos, y reglas para deducir la prevalencia de disposiciones contrarias y para suplir el silencio de la ley. — 2. El enriquecimiento sin causa no está expresamente determinado entre las fuentes de las obligaciones que enumera y señala nuestra ley civil, pero esta circunstancia no ha sido óbice para que la jurisprudencia nacional haya admitido el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones civiles cuando tal fenómeno se verifique sin causa jurídica que lo justifique. — 3.—La incongruencia contemplada en la ley como motivo de casación debe referirse a la parte resolutiva de la sentencia y no a un párrafo aislado de la misma, pues es en la parte resolutiva donde se concentra el imperio de las decisiones judiciales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 15 de marzo de 1938, que correspondió en el repartimiento al Juzgado 1º del Circuito de Bucaramanga, José de la Cruz Delgado, por medio de apoderado, demandó a Teodosio Delgado, vecino del Municipio de California, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que el demandado debe pagar al actor, en dinero, "el valor correspondiente a veinte años de servicio, primero como criado y después como mayordomo en sus fincas, valor según determinación que se haga pericialmente dentro del juicio o en el cumplimiento de la sentencia por la costumbre del país", y que debe pagar las costas de este juicio.

La demanda se funda, en el hecho, en que tres meses antes de presentada, Teodosio Delgado despidió de su servicio al demandante después de haberle servido por un lapso de veinte años como criado doméstico y como mayordomo en sus fincas, durante los cuales apenas atendió a su alimentación y vestuario, sin pagarle su salario, que le fue demorado para cancelarlo a la terminación definitiva del contrato de servicios. En derecho se fundó la demanda en los artículos 2054 y siguientes del C. C. y 734 y siguientes del C. J.

En la contestación de la demanda el demandado niega la aplicabilidad de las disposiciones legales citadas en el libelo, lo mismo que sus hechos fundamentales, y dice que es muy extraña e injusta la pre-

tensión del actor porque él jamás lo ha ocupado "de una manera periódica y permanente sino en una forma frecuente sí, pero ocasional y parcial", pagándole su valor por cada faena.

Agotado el procedimiento de primera instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva del 24 de noviembre de 1938, condenó al demandado a pagarle al actor, dentro de quince días siguientes al auto aprobatorio de liquidación, en dinero, el valor correspondiente a dieciocho años de servicios domésticos de todo género, valor estimable de acuerdo con el artículo 553 del C. J., y al pago, además, de las costas judiciales.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la sentencia definitiva de segundo grado en que decidió la apelación interpuesta por el demandado, confirmó la decisión del Juzgado, con la sola excepción de lo referente a costas de cuya condenación lo libertó.

Es esta sentencia confirmatoria del Tribunal la que se acusa ante la Corte por la parte demandada en el recurso de casación que oportunamente interpuso y que hoy se decide por estar legalmente preparado.

Sentencia acusada.

Después de advertir el Tribunal que la única finalidad de la acción intentada es conseguir el pago de los servicios personales prestados por José de la Cruz Delgado a Teodosio de igual apellido durante los veinte años que antecedieron al despido, sin subordinar esta razón de pedir a la existencia de un contrato determinado, enumera con citas minuciosas las numerosas exposiciones testimoniales aducidas por el demandante, no desvirtuadas por los testimonios producidos por el demandado, y con las cuales se prueba plenamente la verdad de que José de la Cruz prestó sus servicios personales a Teodosio durante dieciocho años anteriores a la fecha en que fue despedido, atendiendo a las labores agrícolas y comerciales en las fincas que el demandado tiene en el municipio de California, especialmente en Los Cocubos, El Salado, Artaneja y El Tabor, cuidando sus ganados, viajando a varias poblaciones a vender sus productos como papa y trigo y a comprar lo necesario para la administración, lo mismo que toda clase de oficios domésticos, como empleado de confianza del demandado, y que a cambio de estos servicios el demandante no recibió dinero sino la mera alimentación y el vestido y una sola cabeza de ganado.

El Tribunal parte de la base de que entre actor y demandado no se celebró contrato alguno, sobre lo cual están plenamente de acuerdo ambas partes, "pero esta circunstancia—añade la sentencia—no releva al fallador de la obligación que le asiste de examinar el fundamento de la demanda, para conocer si ésta tiene algún asidero en la ley o en los principios de equidad y de justicia", de acuerdo con el artículo 8º de la ley 153 de 1887 que establece que cuando no haya disposición exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho, entre las cuales se halla el principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena sin causa legal y justa. Enfocado así el problema, concluye el sentenciador que con aplicación de esta norma de equidad y de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia ha de considerarse que la acción que se ha ejercitado en este caso es la de **in rem verso**, cuyos elementos constitucionales encuentra establecidos, y con la cual se impide el enriquecimiento injusto que constituiría la imposibilidad de que José de la Cruz Delgado cobrara el valor de sus servicios no contratados pero evidentemente prestados a su demandado Teodosio Delgado.

Tal es, fielmente compendiada, la fundamentación de la sentencia acusada.

El recurso.

"La sentencia es violatoria de ley sus-

tantiva —dice el recurrente— por aplicación indebida y por interpretación errónea, circunstancias éstas que motivaron el que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga incurriera en error de hecho que lo indujo a cometer error de derecho". No dice la demanda de casación, breve pieza elaborada sin observancia de las exigencias legales de técnica del recurso, en qué se hace consistir el error de hecho y en qué el de derecho, que obligadamente han de relacionarse con apreciación de pruebas. De las consideraciones que se destinan a demostrar las violaciones legales que imputa a la sentencia puede deducirse que señala como infringidos por el Tribunal el artículo 8 de la ley 153 de 1887 y el 1494 del C. C.

Razona así el recurrente para fundar su acusación y su solicitud de infirmación del fallo: la disposición del artículo 8 de la ley 153 de 1887 no es aplicable al caso del pleito porque los servicios en tareas agrícolas y comerciales que José de la Cruz Delgado prestó al demandado "encajan dentro de la nomenclatura de contratos consignada en el código civil, y al efecto el artículo 2045 de la obra citada soluciona el problema"; pero si es verdad que hay disposición que estructura el hecho debatido como arrendamiento de servicios, también es evidente que entre actor y demandado no existió ningún contrato al respecto, y por tanto "mal puede darse aplicación a norma diversa cuando existe otra que reconoce, ampara, define y garantiza el hecho en cuestión". "Yo aprecio —concluye el recurrente— que los servicios prestados por José de la Cruz Delgado a don Teodosio Delgado, se liaman "arrendamiento de servicios", pero que las normas legales que rigen este contrato no se pueden aplicar para resolver la controversia porque no hubo contrato —ni verbal ni escrito— y claro está que no existiendo éste carece el demandante de acción para exigir el pago de los servicios que prestó", de donde deduce el quebranto del artículo 1494 del C. C. que taxativamente enumera las fuentes de las obligaciones.

Se considera:

Para formular este cargo en su primera parte se utiliza realmente una situación jurídica que pudo ser pero que no fue, y que no es la contemplada en la sentencia. Las prestaciones que reclama el actor, pudieron, en concepto del recurrente, originarse en un contrato de arrendamiento de servicios, pero como no se celebró este contrato no se puede cobrar el valor de los prestados. En otras palabras, lo único que pudo ser el caso del pleito es un contrato de trabajo, pero como no lo fue, no es nada. "La ley es dura, pero hay que aplicarla", concluye sentenciosamente el actor de la demanda de casación.

En el estudio de los asuntos que se someten a la decisión judicial y cuyo sentenciamiento no puede rehusarse pretextando silencio, oscuridad o deficiencia de la ley, puede hallarse el juzgador en cuatro situaciones diversas en la aplicación de las leyes: existe disposición legal precisa y clara aplicable al caso; el texto legal aplicable es oscuro; coexisten dos disposiciones legislativas aplicables al asunto, la una anterior y posterior la otra, y, finalmente, no hay disposición aplicable porque la ley no ha contemplado el caso. Para todas estas ocurrencias la ley misma consagra e impone reglas y principios de interpretación por vía de doctrina que resuelven las situaciones conflictivas en su aplicación para los fines de la justicia, haciendo indispensable la del texto legal claro y preciso, dando normas y principios obligatorios de hermenéutica para ilustrar y resolver casos oscuros y dudosos, y reglas para deducir la prevalencia de disposiciones contrarias y para suplir el silencio de la ley.

A este último caso que es el relacionado con el pleito provee el artículo 8 de la ley 153 de 1887, de cuya violación directa se acusa al Tribunal. De acuerdo con esta disposición, el Juez, cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, aplicará las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas

generales de derecho. No procedió el Tribunal, como aparece claramente de la sentencia, a aplicar la ley para decidir el caso de controversia con base en la facultad de llenar el vacío analógicamente, como si se tratara de un contrato de arrendamiento de servicios y con aplicación de las reglas que gobiernan esta convención, sino que entendió que el citado artículo 8º permite sustentar las decisiones judiciales en las reglas generales de derecho, entre las cuales figura la prohibición del enriquecimiento injusto, que fue la base de sustentación jurídica que adoptó para su fallo. "En el caso de estudio —dice el Tribunal— no existe texto legal ninguno en el que pueda el juzgador fundar su decisión, por tanto, es preciso ocurrir aquí al principio de equidad enunciado, establecido por la doctrina y la jurisprudencia".

Carece, pues, de todo fundamento cualquier cargo que quiera relacionarse con el contrato de arrendamiento de servicios definido en el artículo 2054 del C. C., porque la sentencia es explícita en la afirmación de que tal contrato no tuvo existencia, y a la Corte no se ha sometido en el recurso de casación que se estudia la cuestión de si con los elementos probatorios que ofrece el proceso se puede estructurar el aludido contrato de locación de servicios cuya inexistencia, por otra parte, sostiene también el recurrente. Y si el Tribunal fue a buscar apoyo a su sentencia en un principio o norma general de derecho porque encontró muda la ley ante el problema que se le planteó, no se puede decir que quebrantara directamente el artículo 8º de la ley 153 de 1887 sin demostrar antes la existencia de la ley exacta o analógicamente aplicable al caso controvertido, que consecuencialmente resultaría también infringida por inaplicación ilegal.

El cargo que se considera, en su parte final, plantea el problema de la violación del artículo 1494 del C. C. por haber el Tribunal reconocido y mandado pagar una obligación cuyo origen no puede catalogarse exactamente en ninguna de las fuentes enumeradas en la precitada disposición sustantiva.

Dentro de la ciencia jurídica moderna ha prevalecido, entre las diversas clasificaciones que se han hecho de las fuentes de las obligaciones, unas excesivamente complejas y muy sintéticas otras, la que vincula su nacimiento a una de estas cuatro fuentes: 1º el acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo del contrato, del cuasicontrato, y del hecho voluntario de la persona que se obliga, en la enumeración del artículo 1494 de nuestro Código Civil; 2º el hecho ilícito o sea el calificado legalmente como delictuoso y el simplemente culposo, que comprende el delito y el cuasidelito de nuestra clasificación legal; 3º la ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciada también en el sistema de nuestro código, y 4º el enriquecimiento sin causa.

No está expresamente determinada esta última fuente de obligaciones entre las que enumera y señala nuestra ley civil sustantiva, que solamente sanciona casos especiales de enriquecimiento indebido, entre otros, en los artículos 1747, 2120, 2243, 739, inc. 2º, 2309, 2310, 2343, que no pueden interpretarse sino a la luz de esta teoría; pero esta circunstancia o modalidad de nuestro derecho que no le da al enriquecimiento torticero categoría institucional consagrándolo expresamente como una fuente de obligaciones civiles, tal como está en los códigos de Suiza y de Alemania y otros posteriores a éstos, no ha sido óbice sin embargo para que la jurisprudencia nacional, con apoyo en las disposiciones de los artículos 5, 8 y 48 de la ley 153 de 1887, y modernizando en este punto la teoría general de las obligaciones, haya admitido el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones civiles cuando tal fenómeno, que implica un desplazamiento patrimonial, se verifique sin causa jurídica que lo justifique, esto es, que no sea la consecuencia de un acto jurídico, sino de un hecho no jurídi-

co, puesto que excluye toda idea de consentimiento contractual entre las personas entre quienes se produzca el desequilibrio de las prestaciones. En diversas sentencias de casación, especialmente en la fechada el 19 de noviembre de 1936, visible a páginas 471 a 476 del tomo XLIV de la G. J., ha determinado la Corte los elementos esenciales que integran jurídicamente el enriquecimiento torticero y ha delimitado el alcance y procedencia en el ejercicio de la acción destinada a impedirlo.

El principio de que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro figura en el derecho desde su más remota antigüedad romana en que la técnica jurídica utilizó diversos medios para impedir todo **habere ex injusta causa.** De estos medios legales enderezados a evitar el quebranto de esta norma de equidad fueron los principales la **condictio** con sus numerosas nomenclaturas correspondientes a la clasificación según su objeto y su causa, la **actio in rem verso** y la **actio in rem verso utiles,** que dentro de la sistematización casuista del derecho romano sancionaban diversos casos de injusto enriquecimiento, pero sin que ninguna de esas acciones legales tuviera el alcance y la autonomía de una regla general utilizable indistintamente para todos los casos en que fuera procedente la sanción del aludido fenómeno jurídico. La jurisprudencia universal ha adoptado la llamada **actio in rem verso,** no obstante no coincidir exactamente con su origen y alcance romanos, como la acción genérica y unitaria procedente en todas las ocurrencias en que se busque sancionar cualquier caso de enriquecimiento indebido.

Después de enumerar como elementos constitutivos del enriquecimiento injusto la necesidad de que exista una ventaja patrimonial y un empobrecimiento correlativo como consecuencia de un acontecimiento o circunstancia que relaciona inmediatamente al sujeto activo con el pasivo en la pretensión de enriquecimiento, dice la precitada sentencia de esta Sala:

"3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

"En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

"4º Para que sea legitimada en la causa la acción de **in rem verso,** se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción de **in rem verso** el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia..."

Se dijo ya que el Tribunal consideró que las prestaciones que en este pleito reclama el actor no se generaron en ningún acto contractual en que hubiera cruce de consentimiento con su demandado, sino que se refieren a servicios no contratados pero incuestionablemente prestados, y que por virtud de esta situación, en cuya raíz hay simples hechos que produjeron un enriquecimiento al demandado, pero ningún acto jurídico que lo justifique y que dé acción para su cobro, fue a la aplicación del principio general de derecho que prohibe el enriquecimiento sin causa a expensa ajena, autorizada por el artículo 8 de la ley 153 de 1887.

"José de la Cruz Delgado —dice la sentencia— prestó determinados servicios a Teodosio Delgado, durante diez y ocho años, sin que hubieran pactado expresamente las obligaciones entre los dos, prestación de servicios por parte de aquél que se tornan en un enriquecimiento pa-

ra éste, porque no sufragó por tal concepto dinero alguno que de otra manera hubiera tenido que hacerlo... A ese enriquecimiento o cooperación para conservar el patrimonio no tenía derecho Teodosio, porque José de la Cruz no estaba obligado a prestarle sus servicios de manera gratuita. Si a éste no se le reconoce el valor de su trabajo sufre un daño, tiene un empobrecimiento. Y ese enriquecimiento ha sido sin causa legítima, porque no existe comprobación ninguna de que José de la Cruz se fuera al servicio de Teodosio sin obtener por su trabajo remuneración en dinero".

Lo expuesto basta para no dar acogida al cargo de violación del artículo 1494 del C. C. de que acusa el recurrente a la sentencia, no porque haya dado indebida aplicación a la acción de in rem verso por no estar jurídicamente integrado un caso de enriquecimiento torticero, sino porque, empleando sus propias palabras, "siendo como es que entre demandante y demandado no existió contrato alguno —ni verbal ni escrito— el demandante no tiene acción alguna para pedir el pago de los posibles servicios que prestara, ya que de conformidad con el artículo 1494 del Código Civil, las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, y como no existió el acuerdo de voluntades, no hay obligación alguna por parte de mi poderdante para el pago de lo que se le demanda".

A riesgo de incurrir en innecesaria repetición se vuelve a decir que en el recurso de casación no ha sido atacada la sentencia en cuanto en ella se afirma perentoriamente que no se celebró en ninguna forma contrato de locación de servicios entre el actor y el demandado, circunstancia ésta de esencial importancia para la decisión, en que están de acuerdo las partes y sobre cuya exactitud insiste el recurrente en su demanda. Para la Corte, pues, el origen extracontractual de la prestación demandada es una verdad inmodificable. Tampoco plantea el recurso ninguna cuestión en torno a la manera comprobatoria de la obligación en cuanto se admitió la prueba testimonial, que el Tribunal consideró conducente por no tratarse de acreditar ningún acto jurídico sino simplemente hechos representados en servicios no contratados. Y de la misma manera se ha sustraído al recurso el punto relacionado con la prescripción de la acción que la sentencia se abstuvo de estudiar por la circunstancia de haber sido alegada fuera de la oportunidad señalada en el artículo 341 del C. J., durante la audiencia pública del juicio, cuando ya estaba ejecutoriado el auto de citación para sentencia. No habiendo sido, pues, ninguno de estos extremos objeto ni siquiera de mención en la demanda de casación, no estaban sometidos a la jurisdicción del recurso, y en relación con ellos, por consiguiente, no hay lugar a que la Sala considere y decida.

También se ha acusado la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (causal 2ª del artículo 520 del C. J.), y se hace consistir la discordancia en que habiéndose demandado "que el señor Teodosio Delgado debe pagar al señor José de la Cruz Delgado en dinero el valor correspondiente a veinte años de servicios, primero como criado y después como mayordomo en sus fincas, valor según determinación que se haga pericialmente dentro del juicio o en el cumplimiento de la sentencia por la costumbre del país", dijo el Tribunal en la motivación de su fallo que "en cuanto a la estimación de los servicios prestados, el proceso no da margen para hacer una condenación en concreto, por lo cual es procedente seguir la norma trazada por el Juzgado para obtener tal regulación, en la que se descontará el valor de la alimentación y el vestido que Teodosio suministró a José de la Cruz durante los diez y ocho años de servicio".

Fuera de que no se advierte contradicción ni discordancia entre los pasajes preinsertos, para rechazar esta acusación relacionada con el motivo 2 del artículo

520 del C. J. es suficiente la circunstancia de que la pretendida inconsonancia de las pretensiones oportunamente deducidas por el actor en su demanda se quiere desprender en relación con un párrafo aislado correspondiente a la parte motiva de la sentencia, cuando la incongruencia contemplada en la ley como motivo capaz de determinar la casación, tiene que referirse, como es obvio, a la parte resolutiva solamente, que es donde se concentra el imperio de las decisiones judiciales. Por lo demás, es elementalmente inaceptable por contrario al propio interés, indispensable para la prosperidad de cualquier recurso, pretender, como inexplicablemente se hace en este caso, que existe la referida inconsonancia porque en la demanda "se pide el pago de veinte años de servicio y no se habla en ella de descuento de vestido ni de alimentación que hubiera recibido el demandante".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 31 de julio de 1939, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO—NULIDADES—EMPLEADOS Y OBREROS O TRABAJADORES

1.—El legislador de 1931 dio sentido limitativo al artículo 457 del C. J., pero no puede decirse a ciegas que excluyó en todo caso la posibilidad de ventilar en nuevo juicio la nulidad procedente de incompetencia, tan sólo porque "*a contrario censu*" así dé a entender la redacción de este artículo. El concepto de exclusión, de gran lógica aparente, es erróneo en fuerza de su misma sencillez, para llegar a la cual aquí se prescindió de consideraciones trascendentales, entre las cuales se destaca la que surge de lo antedicho, a saber: que si el legislador da por sentado que el reclamo sobre nulidad tuvo su tramitación por él ordenada, hay que reconocer que es sólo sobre la base de que tal ha sucedido como formula su precepto, y que, consiguientemente, cuando esa base falta, no puede reputarse dada por él la orden, ni puede la prohibición entenderse establecida. Cuando no se tramita dentro del juicio la solicitud que hace una de las partes sobre incompetencia de jurisdicción del juez, éste usurpa jurisdicción al seguir el juicio sin tramitar el incidente. — 2.—La ley 10 de 1934 establece la distinción entre empleados y obreros o trabajadores. La calidad de empleado la define en función de la realización de un trabajo por cuenta de ótra persona o entidad en virtud de remuneración o sueldo fijo. El decreto número 652 de 1935, que la reglamenta, dice, de acuerdo con ella y más detalladamente, qué se entiende por empleado particular, agregando a lo dicho que no importa la cuantía ni la forma en que se pague el sueldo o remuneración para considerar *empleado* a quien trabaja en la forma referida (artículo 1º), y dice en la definición de obrero (artículo 2º), que el carácter de éste "implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales", después de advertir que obrero es quien ejecuta por cuenta de otro una *labor material*. — 3.—Las controversias a que da lugar el contrato de trabajo se tramitan en forma breve y sumaria, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1939.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Las señoras Lucila Ortiz v. de Ledesma y Emilia Mercedes Ledesma de Ortiz han seguido juicio ordinario contra el señor Reinaldo Eladio Santos con el fin de obtener: 1º Declaración de nulidad del juicio de Santos contra ellas incoado en libelo de 18 de febrero de 1937 en el Juzgado Municipal de Tumaco y decidido por éste en sentencia de 14 de agosto de ese año; 2º Declaración de nulidad de esa sentencia; 3º Orden de que al Juzgado que conozca de su ejecución se pase copia de la que se dicte en la presente causa; 4º Orden de investigar por lo criminal el proceder de aquel Juez al conocer de ese juicio y fallarlo, y 5º Condenación al pago de costas a cargo de Santos.

Seguida en el Juzgado Civil del Circuito de Tumaco la primera instancia, se decidió allí negando las declaraciones pedidas y absolviendo al demandado en sentencia de 12 de junio de 1938, cuya apelación, interpuesta por las actoras, determinó segunda instancia en el Tribunal Superior de Pasto, quien confirmó ese fallo en el de 1º de diciembre siguiente,

contra el cual ellas interpusieron casación. Concedido, admitido y sustanciado debidamente este recurso, pasa a decidirse.

Antecedentes.

En la demanda inicial del juicio de cuya anulación se trata, afirma Santos que había sido contratado como primer ingeniero del buque San José, propiedad de aquellas señoras, con sueldo que había subido a $ 120, pero desde marzo de 1933 era de $ 50 mensuales libres de todo gasto, y que en aquella calidad y como contramaestre del buque sufrió en su servicio un accidente de trabajo el 18 de septiembre de 1935, fecha en que se retiró por haber quedado imposibilitado. Y detallando el accidente y sus consecuencias, así como los demás hechos fundamentales, e invocando las leyes 57 de 1915 y 133 de 1931, pidió se condenase a dichas señoras a pagarle $ 10.000 como indemnización, $ 960 por sueldo y alimentación en un año, $ 236 por gastos de curación y tratamiento en Tumaco, $ 312 por gastos de la misma clase en Quito y el viaje de ida y regreso y $ 201.68 por iguales gastos en Guayaquil.

Las demandadas contestaron que la empresa de navegación dueña del vapor San José es de propiedad de los herederos de don José T. Ledesma; que ellas no la representaron de 1927 a 1929; que la imposibilidad de Santos no fue por accidente en su servicio; que el dicho Juez Municipal no era el competente, y que la acción estaba ya prescrita, caso de haberla habido.

El Juzgado falló condenándolas a pagar una a una las cantidades indicadas por Santos en su libelo, tal, hasta en los centavos, como éste tuvo a bien fijarlas.

Notificada la sentencia por edicto, al declararla ejecutoriada el Juzgado reclamó el apoderado de las demandadas y manifestó apelar. Con ocasión de esto el abogado calificó de precipitada, indebida y sospechosa la conducta del Juez, y éste sostuvo la legalidad de su proceder y declaró denegarse a aparecer con culpa, porque si la había era del abogado de las señoras por abandono y negligencia. Ello fue que esa ejecutoria quedó en pie y no hubo segunda instancia.

Con la demanda inicial del presente juicio se trajeron en copia esa sentencia y otras piezas de aquella actuación. Las actuales demandantes por medio de su abogado renuevan sus referidos motivos de oposición a la demanda citada de Santos contra ellas y cardinalmente a la jurisdicción de dicho Juez Municipal y agregan reclamos contra la manera de seguirse y sentenciarse el pleito.

Sentencia recurrida.

El Tribunal, compartiendo la opinión del Juzgado, se abstuvo de entrar en el fondo, porque encontró una valla para ello en el artículo 457 del C. J. Su razonamiento se resume así: las nulidades se proponen, discuten y deciden dentro del litigio en que han ocurrido y sólo por excepción pueden dar lugar a juicio distinto, y esta excepción se concreta y limita a la falta de citación o emplazamiento del interesado o a no haber sido representado debidamente, por lo cual la de incompetencia de jurisdicción está excluída de la posibilidad de ser materia de otro juicio.

El recurso.

Ejercitando el derecho reconocido por el artículo 530 de ese Código, el abogado de las demandantes presentó al Tribunal la demanda para fundar el recurso, la que llegó a la Corte en oportunidad. De ahí, sin duda, que, aunque sustituyó su poder para ante ésta, el sustituto no haya gestionado.

Varios son los cargos que esa demanda formula contra el fallo del Tribunal. Presentados en lamentable confusión con objeciones y reparos cuyo adecuado sitio y oportunidad sería un alegato de instancia, el primer paso para estudiarla en la Corte ha tenido que ser el de descargarla

de este impedimento, a fin de concretar la atención a lo que en casación es procedente.

Hecho esto y ordenados los cargos pertinentes como manda el artículo 537 del C. J. y hallando que uno de ellos es admisible y bastante a infirmar la sentencia recurrida, de conformidad con el artículo 538 ibídem se pronuncia su infirmación y se dicta la que ha de reemplazarlo.

Motivos.

Ese cargo consiste en el de aplicación indebida del citado artículo 457 del C. J. y del artículo 15 de la ley 57 de 1915, y en el consiguiente desobedecimiento del precepto contenido en el artículo 22 de la Codificación Constitucional, así como en la falta de aplicación de varios artículos de aquel Código, entre éstos el 148 y el 448.

En dos partes separadas puede distribuírse el análisis para mayor claridad, a saber: lo tocante a aplicabilidad del art. 457 y lo atañedero a jurisdicción.

Proviniendo las nulidades de que se falte a los preceptos de la ley, natural es que ésta se interese por prevenirlas y también por sanearlas en su oportunidad cuando cabe este remedio, para todo lo cual establece las consiguientes reglas. En lo que hace al procedimiento, que es lo que concierne al presente caso, ese Código contiene las de estos artículos: 455, que establece que el Juez para cerciorarse, antes de sentenciar de que pisa en terreno firme, investigue si hay alguna nulidad, y que le manda ponerla, cuando la encuentra, en noticia de las partes, a fin de que sobrevenga el allanamiento de aquélla, cuando este remedio cabe y se aplica, o la invalidación de lo actuado desde que la causal ocurrió; el 456, que confiere a las partes el derecho de pedir en cualquier estado del juicio, mientras no se haya sentenciado, que se declaren las nulidades de que el proceso adolezca, sin más salvedad que la de haberse ventilado el punto como excepción dilatoria; y el 457, que permite seguir ulterior juicio ordinario sobre la nulidad cuando ésta consiste en haber faltado la citación personal o el emplazamiento del interesado o en no haber estado debidamente representado en ese juicio anterior.

Es claro que si se ha debatido sobre la nulidad con motivo del posible incidente de excepciones dilatorias, ya hay sólida base para conceptuar que, estando decidido así el punto negativamente, no hay por qué seguirse sosteniendo ni temiendo que aquélla exista, y, por tanto, no tenga la parte el derecho ampliamente conferido en su inciso 1º por dicho artículo 456, para suscitar la cuestión dentro del juicio, en cualquier estado de él.

Del propio modo, es claro que el art. 457 parte del supuesto de que la alegación que sobre nulidad haya hecho alguna de las partes, sea a título y en la oportunidad de una excepción dilatoria, sea en cualquiera otro estado del juicio, que obliga a una articulación según el inciso 2º de dicho artículo 456, ha recibido la sustanciación correspondiente; y que es sólo sobre este pie como aquél (el 457) comienza diciendo que **no obstante lo dispuesto en el artículo anterior,** la parte no notificada o emplazada o no representada debidamente puede incoar juicio ordinario en solicitud de la declaración de nulidad de ese juicio anterior en que tal sucedió.

Así las cosas, se comprende que, en el empeño del legislador de 1931 de simplificar lo atañedero a nulidades, evitar la indefinida secuela de juicios y, sobre todo, amparar y aprestigiar la cosa juzgada, diese sentido limitativo a esta disposición.

Pero no puede decirse a ciegas que excluye en todo caso la posibilidad de ventilar en nuevo juicio la nulidad procedente de incompetencia, tan sólo porque a **contrario sensu** así dé a entender la redacción de este artículo 457. El concepto de exclusión de gran lógica aparente, es erróneo en fuerza de su misma sencillez, para llegar a la cual aquí se prescindió de consideraciones trascendentales, entre las cuales se destaca la que surge de lo antedicho, a saber: que si el

legislador da por sentado que el reclamo sobre nulidad tuvo su tramitación por él ordenada, hay que reconocer que es sólo sobre la base de que tal ha sucedido como formula su precepto, y que, consiguientemente, cuando esa base falta, no puede reputarse dada por él la orden, ni puede la prohibición entenderse establecida.

Aquí desde la contestación del libelo de Santos las actuales demandantes reclamaron contra la falta de jurisdicción del Juez Municipal ante el cual se las llevaba; si no se sustanció incidente de excepción dilatoria, que no propusieron en debida forma, sí debió seguirse la articulación que manda surtir dicho artículo 456, y, sin embargo, sobre ello no vino a haber más pronunciamiento que la negación formulada en la sentencia definitiva, es decir, en la cabal oportunidad que cierra la posibilidad de actuar sobre nulidad dentro del juicio mismo, según el citado artículo 456. Bien se ve que éste no es el terreno sobre el cual el artículo 457, previa cita expresa de aquél, levanta su referido precepto.

La acotación que se hace al razonamiento del Tribunal no versa sobre la manera de interpretar en sí mismo ese artículo 457 en fuerza de su redacción limitada a los referidos casos de nulidad por causales atañederas a la personería, sino que versa sobre la prescindencia de circunstancias que obligan a reconocer que en el juicio debatido faltó cierta actuación y consiguientemente se dejó de producir la situación contemplada por ese artículo; de suerte que, no siendo su caso, en aplicarlo se incurrió en el error de donde el recurrente deriva su primer cargo en este recurso.

Consideraciones de otra fuente conducen a conclusión igual. Conviene exponerlas, así sea sucintamente.

El Código Judicial dice en su artículo 142 que la facultad de administrar justicia se ejerce de acuerdo con la Constitución y las leyes, y en el 143 que la de ejercer jurisdicción en determinado negocio por autoridad de la ley es lo que se llama competencia; y en el 148 establece que "usurpan jurisdicción los Jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente..." La organización judicial es algo que mira al orden legal, al interés público. Si lo subvierte o contraría un Juez, el quebranto que con ello se produce tiene la gravedad y repercusión consiguiente, y no cabe entender la ley en forma que para atajar o remediar ese estrago cierre caminos que expresamente abre para faltas que comprometen sólo el interés personal de los litigantes. Es inaceptable que un proceso como el de que ofrece ejemplo el que aquí se discute como tema del presente juicio, no pueda investigarse por el hecho de que la nulidad en que se incurrió en él no fue ventilada y declarada por el mismo Juez usurpador. Se tendría que la gravísima falta de usurpar jurisdicción quedaría consumada e irremediable y hasta saneada, en cuanto quien la cometió agregue a ella la de adelantar la actuación sin abrir trámite alguno a ese respecto, no obstante el reparo del demandado, hasta cerrarla en esa forma, esto es, negando su incompetencia en la sentencia definitiva.

En el Título de los derechos civiles y garantías sociales era artículo 26 en la Constitución de 1886, como lo había venido siendo en todas las de la República, el precepto secular de que nadie podrá ser juzgado sino por ante el competente juzgador y observándose la plenitud de las formas propias del respectivo juicio.

En igual sitio y sin cambio de redacción, ese precepto es hoy el artículo 22 de la Codificación Constitucional. Según el artículo 150 de ésta, "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Por su lado la ley 153 de 1887 dice en su artículo 7º: "El Título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales, tiene también fuerza legal y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil". Y la misma ley en su artículo 4º in fine dice: "La doctrina constitucional es, a su

vez, norma para interpretar las leyes".

Por tanto, si la interpretación exegética del artículo 457 obligara a la conclusión a que llegó el Tribunal, aun a despecho de las peculiaridades anotadas para el caso de autos, al observar las cuales se encuentra por lo antedicho que no es el caso de esta disposición, se tendría que, ni aun dentro de la exégesis del Tribunal podría procederse al respecto como él procedió porque al no tramitarse el reclamo sobre jurisdicción que hicieron las demandadas, como se ha visto que sucedió en el juicio discutido en el presente, y al seguirse aquél ante Juez incompetente, como se verá adelante en este fallo, resultarían estas señoras privadas del amparo erigido por la Constitución en su citado artículo 22 como derecho civil y garantía social, si se las tuviese por vencidas en la causa y por la sentencia cuya nulidad demandan.

Se acaba de adelantar el concepto de que el juicio materia del presente se siguió y sentenció por ante funcionario que carecía de jurisdicción. Ello es así en fuerza de las disposiciones legales que pasan a verse.

La citada ley 57 de 1915 sobre reparaciones por accidentes del trabajo efectivamente en su artículo 15 atribuye a los Jueces Municipales el conocimiento de las controversias que por razón de ella se susciten "entre el patrón y el trabajador, cualquiera que sea la cuantía". Pero ante ella misma en su artículo 1º no puede entenderse por trabajador a persona cuyo salario pase de seis pesos a la semana.

Santos era ingeniero y contramaestre del buque San José y en calidad de tal iba contratado cuando ocurrió el accidente que motivó su demanda. Además, no recibía jornal o salario, sino que devengaba sueldo; y éste, que él lo computó en su libelo en $ 80 incluyendo la alimentación y demás gastos suyos de cargo de la empresa, era en el sólo dinero de $ 50 al mes. Esto significa su calidad de empleado, no de obrero o trabajador.

La ley 10 de 1934 en su artículo 12 establece la cabal distinción entre estas dos calidades y define la del empleado en función de la realización de un trabajo por cuenta de otra persona o entidad en virtud de remuneración o sueldo fijo. El decreto número 652 de 1935, que la reglamenta, dice, de acuerdo con ella y más detalladamente, qué se entiende por empleado particular, agregando a lo dicho que no importa la cuantía ni la forma en que se pague el sueldo o remuneración para considerar **empleado** a quien trabaja en la forma referida (artículo 1º), y dice en la definición de obrero (artículo 2º) que el carácter de éste "implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales", después de advertir que obrero es quien ejecuta por cuenta de otro una **labor material.**

No siendo Santos obrero, su controversia con las dueñas de la empresa no quedó en el excepcional caso del citado art. 15 de la ley 57 de 1915, sino que se hallaba, consiguientemente, dentro de las reglas generales, según las cuales no es el Juez Municipal sino el de Circuito el competente para conocer en primera instancia de los asuntos contenciosos entre particulares cuando la cuantía es mayor, y ésta, que parte de $ 300, en las elevaciones para ciertos juzgados especialmente establecidas por la ley, no pasa de $ 1.000 (C. J., arts. 109, 119 y 120). La demanda de Santos fue por más de $ 10.000. Salta a la vista la incompetencia de un Juez Municipal para conocer de ella y decidirla.

Sin pretender que al juicio incoado por Santos se aplicaran leyes posteriores a su secuela y aun a su determinación, en la sola mira de corroborar como concepto lo que viene diciéndose acerca de la cuantía, procede citar la ley 45 de 1939, cuyo artículo 1º, tras de fijar el procedimiento en su inciso 1º para las controversias allí enumeradas, entre ellas las "que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes del trabajo", dice en su inciso 2º: "La jurisdicción y com-

petencia de los Jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente" (subraya la Corte).

Ya de aquel procedimiento había hablado la dicha ley 10 de 1934 en su artículo 18.

Las disposiciones legales en cita hacen ver que el Juez Municipal de Tumaco usurpó jurisdicción. El artículo 448 del C. J. encabeza con la incompetencia de jurisdicción la lista que formula de las causales de nulidad en todos los juicios.

Por esto y por lo conceptuado acerca del artículo 457, se ve justificado el cargo o grupo de cargos del recurrente cuya aceptación se anunció al iniciar el presente capítulo de esta sentencia.

Se halla tan procedente como oportuno transcribir los siguientes párrafos de la que pronunció esta Sala el 8 de octubre de 1938, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XLVIII. Allí en las páginas 261 y 262 se lee:

"Es cierto que de la interpretación de los textos legales pertinentes como lo tiene establecido la jurisprudencia en repetidas decisiones, se deduce claramente que la nulidad de los juicios es cosa distinta de la nulidad de las sentencias, y que los vicios y defectos de procedimiento que afectan la validez de la actuación deben alegarse dentro de la secuela misma del juicio porque no son materia de acciones separadas después de que terminan en la forma legal, lo mismo que es exacto que las causales que originan acción de nulidad contra las sentencias firmes proferidas en materia contenciosa están taxativamente reducidas en la ley a los casos previstos en los artículos 457 y 478 del Código Judicial. La jurisprudencia que no acepta la procedencia de la acción ordinaria encaminada a invalidar una sentencia fuera de los casos legalmente previstos, se funda en el respeto a la autoridad de la cosa juzgada y a la conveniencia social de no hacer interminables los litigios, pero se refiere, como es natural y lógico, a sentencias firmes y ejecutoriadas que se han producido normalmente al final del curso completo del procedimiento adecuado".

"La Corte entiende que no va contra esta doctrina, para cuya variación no encuentra motivos plausibles, al abrirle camino a la acción de nulidad que es objeto de su estudio por las especiales circunstancias que ofrece el caso. La doctrina sigue siendo acertada y valedera para los casos en que se hayan usado y agotado los trámites y procedimientos legales y se haya dado lugar, en su caso, a las dos instancias o grados con sus correspondientes sentencias, aunque se haya incurrido en vicios de competencia sólo alegables dentro del juicio mismo. Pero otra cosa ha de suceder en presencia de un caso evidente de mutilación procedimental en que se hayan violado y subvertido normas senciales de organización y procedimiento judicial, pretermitido una instancia y dictado una providencia que no merece el calificativo legal de sentencia".

Al declararse nulo el juicio y, por ende, su sentencia, quedan decretados los pedimentos cardinales de la demanda.

Los restantes no pueden acogerse. El proceder del Juez Municipal de Tumaco al aprehender el conocimiento de la controversia referida y sustanciarla y fallarla y al no dar su curso legal al reparo hecho en oportunidad a su competencia por las demandadas, es indudablemente censurable y erróneo; pero no se advierte en él la intención dañada que diera lugar a investigación criminal; si lo hubiera, lo procedente aquí sería tan sólo ordenar lo indicado por el artículo 1511 del C. J. Decretar aquí el envío de copia de esta sentencia al Juez que esté conociendo de la ejecución de la anulada, es algo inoportuno e innecesario, tanto porque las partes pueden obtener sin esa orden previa las copias que necesiten y llevarlas a donde lo estimen conveniente, cuanto porque en la expedición de una copia debe atenderse al artículo 361 de ese Código. Respecto de costas del presente juicio, no ca-

be hacer la condena a la luz del artículo 575 ibídem.

En las del proceso anulado es forzosa esa condenación ante el artículo 458 de la misma obra.

Al reformarse la demanda inicial se presentaron como pedimentos subsidiarios los varios que la reforma formula y que no es el caso de considerar, dada esa calidad y la acogida de los principales.

También se formuló el de condenación a indemnizar a las actuales demandantes los perjuicios sufridos a consecuencia de la sentencia nula. Sobre este punto nada se comprobó.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio el primero de diciembre de mil novecientos treinta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, y reformando la del Juzgado Civil del Circuito de Tumaco de veintiuno de junio de ese año, falla este pleito así:

1º Declárase nulo el juicio ordinario seguido por Reinaldo Eladio Santos contra Lucila Ortiz v. de Ledesma y contra Emilia Mercedes Ledesma de Ortiz en el Juzgado Municipal de Tumaco y terminado allí por sentencia definitiva de catorce de agosto de mil novecientos treinta y siete, la cual consiguientemente queda comprendida en esta declaración de nulidad.

2º Condénase al señor César Barreiro como Juez de esa causa y a Reinaldo Eladio Santos como demandante de ella, a pagar las costas de la misma, mitad cada uno, a dichas señoras.

3º No hay lugar a lo demás solicitado por ellas en la demanda inicial del presente juicio y en su reforma.

4º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso del presente juicio.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

PERJUICIOS.—PRUEBAS.

El artículo 597 del C. J. no tiene la virtualidad de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales pertinentes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El doctor Ernesto Herrera Chacón, en su carácter de apoderado especial de las sociedades denominadas Siemens - Bauunion Ltda. y Philipp Holzmann, S. A., con domicilio legal en esta ciudad, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, de fecha nueve de febrero de mil novecientos treinta y nueve, dictada en el juicio ordinario, sobre indemnización de perjuicios, seguido por Belisario Camelo y su esposa Lastenia Ramírez de Camelo, a nombre y en representación de la sucesión ilíquida de Ernestina Camelo Ramírez contra las referidas sociedades.

Dicho pleito fue fallado en primera instancia por el Juez 3º de este Circuito el diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y siete, así:

"Siemens G. M. b. h. Kommanditgesellshaft y Philipp Holzmann A. G., hoy Consorcio Siemens Bauunion Ltda. y Philipp Holzmann S. A., representadas por el doctor Charles A. Rosenthal, son civilmente responsables de la muerte trágica de Ernestina Camelo, ocurrida el día veinte (20) de enero de mil novecientos treinta y tres (1933).

En consecuencia, condénase a Siemens G. M. b. h. Kommanditgesellschaft y Philipp Holzmann, S. A., representadas por el doctor Charles A. Rosenthal, a pagar a la sucesión de Ernestina Camelo, representada por Belisario Camelo y Lastenia Ramírez, la suma de dinero que se determine al pedir la ejecución del fallo.

Las costas a cargo de la parte demandada".

De esta sentencia apelaron ambas partes, pero el apoderado de los demandantes advirtió que lo hacía con el único propósito de dejar abierta la puerta para fijar en la segunda instancia la cuantía de la indemnización, pues aceptaba la sentencia en todo lo demás.

Surtidos los trámites de segundo grado, el Tribunal, por medio del fallo acusado, confirmó en todas sus partes el de primera instancia y condenó en costas a la parte demandada.

Son antecedentes de este negocio:

El treinta de julio de mil novecientos treinta las Sociedades demandadas celebraron un contrato con la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca, para la construcción de un trayecto del ferrocarril de Cundinamarca, en la zona comprendida de Villeta a Albán.

El veinte de enero de mil novecientos treinta y tres, durante la construcción, un obrero o trabajador al servicio de las sociedades contratistas, hizo reventar un taladro o zapa en el punto denominado **Santa Rosa** o **Chuntaral**, en jurisdicción del Municipio de Sásaima. La explosión, que debió ser de bastante intensidad, arrojó con suma violencia una piedra de regular tamaño, la cual perforó el techo de la casa en donde se alojaba, entre otras personas, Ernestina Camelo Ramírez, a quien le cayó en la espalda con tan-

ta fuerza que le produjo la muerte casi instantánea.

Pasado algún tiempo, los señores Belisario Camelo y Lastenia Ramírez de Camelo, padres legítimos de Ernestina Camelo, obrando a nombre de la sucesión ilíquida de ésta, demandaron en juicio ordinario, por medio de apoderado, a las sociedades contratistas de que se ha hablado, a fin de obtener la consiguiente indemnización de perjuicios.

El recurso.

En una demanda extraordinariamente larga y confusa, el recurrente ataca la sentencia de segundo grado por las causales de casación enumeradas en los ordinales 1º, 2º, 3º y 6º del artículo 520 del Código Judicial, y agrega que el Tribunal incurrió en error de derecho y en error de hecho que aparecen de manifiesto en los autos, al apreciar las pruebas que obran en el juicio.

Primer cargo.

Como primer cargo, el demandante sostiene que hay nulidad por ilegitimidad en la personería, tanto de la parte demandante como de la demandada. Al efecto las separa bajo las letras A y B.

En relación con aquélla (A), considera violados los arts. 1008 a 1011, 1013, 1239, 1240 y 1241 del Código Civil; 448, 455, 593, 594, 597, 601, 603 a 606, 609, 660 a 668, 693 y 697 del Código Judicial; 85 de la Ley 153 de 1887, 1º y 9º de la Ley 45 de 1936.

La Corte para desechar, como desecha, el cargo de nulidad por ilegitimidad en la personería de la parte demandante, considera suficiente decir que no puede existir dicha nulidad según lo preceptuado en el ordinal 1º del artículo 450 del Código Judicial, toda vez que el Tribunal por auto de treinta de septiembre de mil novecientos treinta y seis, que se halla ejecutoriado, resolvió que es legítima la personería de la parte mencionada.

B.—Estima el recurrente que no está probada la personería sustantiva de la parte demandada, y sostiene que la sentencia, al darla por probada, viola los artículos 633 y 2079 del Código Civil; 550 del Código de Comercio; 272 del Código Judicial; 40 de la Ley 28 de 1931; 1º, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo número 2 de 1906, y 4º del Decreto Legislativo número 37 de 1906.

Sostiene asimismo que no aparece en autos la prueba de la existencia legal de la sociedad denominada "Consorcio Siemens-Bauunion-Philipp Holzmann", que según él es la entidad demandada.

Se entra a analizar este cargo:

El demandante presentó con la demanda varios extractos expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, con los cuales se comprueba:

a) Que por escritura número 2114, del 7 de noviembre de 1927, de la Notaría cuarta de este Circuito, se protocolizaron el extracto denominado Siemens - Bauunion G. M. b. h. Kommanditgesellschaft, domiciliada en Berlín y con sucursal en Munich, Alemania;

b) Que por escritura número 53, del 16 de enero de 1929, de la Notaría tercera de este Circuito, se protocolizaron el extracto de la constitución y los estatutos de la sociedad anónima denominada Philipp Holzmann Aktiengesellschaft (Philipp Holzmann, sociedad anónima), domiciliada en Frankfurt del Main, Alemania;

c) Que por escritura número 776, del 2 de abril de 1934, de la Notaría cuarta de este Circuito, el doctor Ernesto Herrera Chacón protocolizó un poder "debidamente autenticado, legalizado y registrado", conferido por las casas alemanas llamadas "Siemens - Bauunion Ltda., de Berlín, Siemenstadt" y "Philipp Holzmann, S. A.", de Frankfurt del Main, a favor del señor Charles Rosenthal, "válido para el territorio de la República de Colombia" y que en su parte pertinente dice:

"El está autorizado para hacer contratos de cualquier clase por cuenta y nombre del Consorcio, tratar negocios y asuntos judiciales de cualquier clase que sea,

contraer obligaciones por letras de cambio, tomar en préstamos, aceptar dinero y representar al consorcio en todos casos de litigios judiciales y de arbitrio. El apoderado está facultado de hacer todo lo que las dos sociedades representadas podrían hacer ellas mismas si estuvieren presentes. El está también autorizado para conferir en nombre del Consorcio a favor de terceras personas poderes generales o especiales, para poder representar al Consorcio en asuntos judiciales, administrativos y de cualquiera otra clase que fuere, sustituír completamente o parcialmente el presente poder a terceras personas y anular poderes otorgados por el Consorcio o por él mismo a favor de terceras personas"; y

d) Que por escritura número 2521, del 27 de septiembre de 1934, de la Notaría cuarta de este Circuito, el doctor Charles A. Rosenthal, obrando como apoderado general del "Consorcio Siemens-Bauunion Ltda. y Philipp Holzmann, S. A.", "autorizó de manera amplia y suficiente al señor Roberto Haertel, mayor y de esta vecindad, para usar bajo su solo nombre la firma del Consorcio Siemens-Bauunion Ltda. y Philipp Holzmann, S. A., ante las autoridades bancarias del país, pudiendo también el apoderado contraer obligaciones a cargo de las casas y a favor de los bancos..." "Esta autorización se extiende también para los negocios que las casas tienen con entidades públicas y con personas naturales y jurídicas del orden privado".

Resulta, por tanto, plenamente probada la existencia legal de las dos sociedades de que se ha venido hablando.

Ahora bien: de los poderes a que se refieren las escrituras mencionadas anteriormente bajo las letras c) y d), se deduce que las mismas sociedades, o sus apoderados, resolvieron darles el nombre de "Consorcio Siemens-Bauunion Ltda. y Philipp Holzmann, S. A.", sin que ello signifique que exista una nueva entidad jurídica, o sociedad legalmente constituída con dicho nombre, sino simplemente que las dos sociedades antes nombradas y que contrataron la construcción de un trayecto del Ferrocarril de Cundinamarca, decidieron unirse, o proceder de común acuerdo (en Consorcio), para todo lo relacionado con el contrato referido. (Consorcio, según el diccionario de la lengua, significa "partición o comunión de una misma suerte con uno o varios").

Existen, además, en el expediente, varios otros elementos probatorios que demuestran claramente que los actores se propusieron fue demandar a las sociedades contratistas, hoy unidas en 'Consorcio' ".

En efecto: obra en autos un ejemplar autenticado de la Gaceta de Cundinamarca, en que corre publicado el contrato de construcción de un trayecto del Ferrocarril de Cundinamarca, contrato que sirve para determinar la parte demandada.

En el poder conferido por Belisario Camelo y Lastenia Ramírez de Camelo para iniciar el pleito, se dice que los trabajos de construcción se llevan a cabo por "Siemens-Bauunion y Philipp Holzmann, entidades éstas que serán las demandadas".

En el primer párrafo del libelo de demanda se dice que "previos los trámites propios de un juicio civil ordinario de mayor cuantía, surtidos con citación y audiencia de las compañías extranjeras domiciliadas en Colombia y denominadas Siemens-Bauunion G. M. b. h. Kommanditgesellschaft y Philipp Holzmann A. G., hoy "Consorcio Siemens-Bauunion Ltda. y Philipp Holzmann S. A."; y en el segundo, "que las sociedades demandadas o sea el Consorcio nombrado", con lo cual se ha querido significar, sin duda, que el "Consorcio" lo forman las dos sociedades nombradas.

Por último, cabe advertir que si ha habido alguna confusión acerca del verdadero nombre de la parte demandada, ello obedeció a que los mismos apoderados generales de las sociedades tantas veces nombradas emplearon la denominación de "Consorcio Siemens - Bauunion Ltda. y Philipp Holzman S. A." para designarlas, pero no por eso puede aceptarse que ha-

ya ilegitimidad en la personería sustantiva de la parte demandada. Los propios apoderados de ésta han entendido que la parte demandada la constituyen dichas sociedades, por lo cual el señor Rosenthal, al contestar la demanda, dijo que está intentada "contra las sociedades Siemens-Bauunion Ltda. y Philipp Holzman S. A", y a nombre de ellas la contestó.

A nombre de las mismas sociedades fue conferido el poder para el juicio al doctor Herrera Chacón, en su memorial del 6 de febrero de 1937, visible al folio 30 del cuaderno número 1º.

Podrían multiplicarse las citas, pero basta lo dicho para demostrar que el cargo carece de fundamento, por lo cual se desecha.

Segundo cargo.

Dice el recurrente: "Tomamos acá como segunda, la causal primera del artículo 520 del C. J., y al efecto analizaremos la violación de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, ocurrida ella al estudiar el Tribunal tanto la personería de las demandantes, como la del Consorcio demandado".

Se desecha de plano este cargo, porque establecido como quedó antes que es legítima la personería de ambas partes en el juicio, carece por completo de razón y fundamento y sería inútil entrar a analizarlo **in extenso.**

Tercer cargo.

"No estar lá sentencia en consonancia a las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito".

Lo hace consistir el recurrente en que en la demanda se afirma que el contrato de construcción del ferrocarril fue celebrado por las sociedades demandadas con el "Departamento de Cundinamarca", cuando en realidad lo fue con la "Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca"; y en que se pide condenación de perjuicios "por cuanto la construcción del ferrocarril se ejecutaba por cuenta y riesgo del Consorcio", cuando lo cierto es que se construía "por cuenta de la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca".

En concepto de la Corte, la simple equivocación del demandante al afirmar en su libelo que el contrato de construcción fue celebrado con el "Departamento de Cundinamarca", en vez de decir que lo fue con la "Compañía del Ferrocarril de Cundimarca", cuando al mismo tiempo se presentó por aquél un ejemplar auténtico de la **Gaceta de Cundinamarca** en que corre publicado el contrato, no puede tener la trascendencia necesaria para invalidar la acción, máxime si se tiene en cuenta que en autos aparece plenamente probado que las sociedades demandadas lo fueron por ser constructoras del trayecto del ferrocarril en donde ocurrió el accidente que dio origen al juicio, y que su responsabilidad sería la misma cualquiera que fuese la persona con quien hubieran contratado la construcción referida. Otra sería la conclusión si se hubiera demandado al Departamento, tomándolo como contratista, sin serlo.

En cuanto a que el ferrocarril se construía por cuenta de la "Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca", ello es verdad, pero sobre la base de precio fijo por kilómetro, corriendo las sociedades contratistas con todos los gastos, contingencias y riesgos de la construcción.

En efecto, la cláusula **quinta** del contrato establece que los contratistas se obligan:

"A organizar, dirigir, administrar y ejecutar la obra materia de este contrato y entregarla en firme y en estado de explotación y servicio con obras definitivas, al precio de setenta mil pesos ($ 70.000) oro colombiano amonedado del peso y la ley actuales por kilómetro de línea construído, precio que se fija tomando en cuenta las siguientes cláusulas..."

El **Parágrafo** de la cláusula **séptima** dice:

"El contratista pondrá especial cuidado para que los explosivos se empleen de

manera prudente, a fin de no provocar derrumbes por cargas inmoderadas o mal colocadas".

La cláusula once establece:

"Los contratistas tendrán en la obra el servicio de sanidad necesario y su costo se considera comprendido dentro del costo kilométrico fijado; igualmente se comprende en ese costo el de seguro obligatorio, accidentes de trabajo y descanso dominical, de acuerdo con las leyes colombianas".

Se deduce claramente de las cláusulas transcritas, y de otros pasajes del contrato, que la obligación de las sociedades contratantes era correr con todos los gastos que la construcción demandara, por cualquier concepto. Pero, aun suponiendo que no fuera así y que se hubiera estipulado que todos los riesgos de la construcción debían correr por cuenta de la Compañía propietaria del ferrocarril, los perjudicados por hechos dañosos o culpas de los constructores tendrían el derecho de demandar a éstos, que serían los inmediatos responsables, sin perjuicio de que ellos pudieran repetir contra los obligados a responder, según el contrato. En caso tal los perjudicados pueden demandar a quien más les convenga, porque las estipulaciones del contrato rigen entre las partes, pero no pueden obligar a terceros. De consiguiente, no es aceptable y por lo mismo se desecha el cargo que acaba de analizarse.

No obstante que los cargos que el recurrente enumera, en orden, no son sino los tres que han quedado estudiados, entra luégo en su demanda a comentar la prueba testimonial que obra en el expediente, y dice:

"El estudio jurídico de las pruebas testimoniales traídas a los autos por cada parte litigante, hará resaltar que, en sus respectivos conceptos, el H. Tribunal incurrió en las causales de casación que contempla el artículo 520 del C. J., en sus ordinales 1º, 2º y 3º"

Y más adelante agrega:

"Causal por violación directa de la ley sustantiva, falsa apreciación de las pruebas e interpretación errónea de pruebas y de la ley".

Se pasa a estudiar estos cargos, no sin advertir que respecto de la causal establecida en el ordinal 3º del artículo 520 del C. J., o sea, "contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ellas", nada dice el recurrente, ni puede saberse en qué la funda, por lo cual no es necesario estudiarla.

Hace el recurrente un extenso análisis de la prueba testimonial tendiente a demostrar dos cuestiones:

Que Ernestina Camelo era mujer sin importancia, sin bienes de fortuna y sin oficio o profesión de donde pudiera derivar la renta que algunos testigos le atribuyen; y que las sociedades contratistas tomaron todas las medidas y precauciones necesarias para evitar el accidente ocurrido, por lo cual no son responsables de él.

En cuanto a la primera cuestión, carece por completo de interés en este juicio, toda vez que no se ha fijado, ni se va a señalar la cuantía de la indemnización. Es inútil, por consiguiente, entrar en consideraciones al respecto.

Acerca de la segunda, conviene observar que el recurrente no niega que Ernestina Camelo muriera a consecuencia del golpe que le ocasionó una piedra lanzada por la explosión de la zapa que se hizo reventar en los trabajos de construcción del ferrocarril, a cargo de las sociedades contratistas. Sus alegaciones se limitan ahora a sostener que aquéllas no son responsables del daño ocasionado.

Para mayor claridad se transcribe a continuación la parte pertinente de la sentencia acusada, que dice:

"Como se dijo al principio de este fallo, no hay duda de que Ernestina Camelo murió a consecuencia del golpe que recibió con la piedra lanzada por la explosión del taladro que preparó uno de los trabajadores de la línea del Ferrocarril de Cundinamarca en el sector compren-

dido entre Villeta y Albán, cuya construcción estuvo a cargo del Consorcio contratista Siemens-Bauunion y Philipp Holzmann, pues así se desprende de lo declarado por los testigos Horacio Franco, Medardo Granados y Miguel Chaves, prueba complementada con la partida de defunción de la Camelo. Por consiguiente, es suficiente tal demostración para que se presuma la negligencia y falta de cuidado en los empleados o dependientes de la empresa y de que tal hecho dañoso le sea imputable, ocasionando la consiguiente reparación civil del daño, de acuerdo en un todo con la teoría de la responsabilidad extracontractual —culpa aquiliana— y en desarrollo de las disposiciones sustantivas que la informan. "Sólo la existencia de algún hecho exculpativo, como fuerza mayor, caso fortuito o intervención de elementos extraños, podrían reducir o hacer desaparecer esta responsabilidad civil de la entidad propietaria y eximirla en todo o en parte del deber de subsanar los perjuicios ocasionados", dice la Corte Suprema de Justicia en fallo del 18 de mayo último. Pero ocurre que ninguna de dichas circunstancias exculpativas aparecen demostradas en el proceso, porque, si bien es verdad que Pedro Montoya y Leonidas Andrade Marín (fls. 11 y 12 del cdno. 1) manifiestan que no medió descuido alguno por parte de quienes prendieron fuego al taladro, por las razones que allí dan, también es evidente que dichos testimonios no pueden tenerse en cuenta por no haber sido ratificados durante el respectivo término probatorio como lo preceptúa el artículo 693 del C. J., por lo cual se hace inoficioso el estudio de tales deposiciones.

Los testigos Roberto Espitia (fl. 15), Luis Antonio Mora (fl. 16), Carlos Hernández (fl. 17) y José Santos Muñoz (fl. 22) —cuaderno número 4— dicen acordemente que es evidente que al decir fuego tres veces, los obreros y demás personas se protegían bajo los campamentos que habitaban, y que así lo hicieron Horacio Franco y Ernestina Camelo al oír el grito de fuego en la tarde del 20 de enero de 1933. Agregan que al prender la zapa hubo de parte de los trabajadores de la línea todos los cuidados y precauciones acostumbrados en las vías férreas al quemar zapas o taladros.

"Estas declaraciones no demuestran la inculpabilidad de la entidad demandada, pues, por el contrario, ponen de manifiesto la falta de previsión por parte de esa empresa al construír sus campamentos para obreros en la proximidad de la línea en construcción, en sitio peligroso y al alcance de los efectos de la explotación de los taladros y zapas.

"Por lo demás, la circunstancia de haberse puesto fuego al taladro en horas de la noche, cuando las gentes se hallaban desprevenidas en sus habitaciones, requería mayor cuidado y prudencia en dicha operación, especialmente por encontrarse no lejos de allí campamentos o casas cuyos moradores quedaban amenazados en la zona de peligro. De ahí que si para el Consorcio demandado era una ley el parágrafo de la cláusula séptima del contrato donde se le previno poner "especial cuidado para que los explosivos se empleen de una manera prudente, a fin de no provocar derrumbes por cargas inmoderadas o mal colocadas", con mucha mayor razón estaba obligado a usar del máximum de prudencia en el empleo de aquellas sustancias explosivas para evitar que se causara daño a las personas que moraban cerca de dichos trabajos.

"Se concluye de lo dicho que, como en los autos no existe prueba alguna aducida por la parte demandada tendiente a demostrar que por su parte pusiera los medios apropiados para evitar los daños que pudieran causar los guijarros lanzados por las zapas o taladros a lugares próximos a los trabajos de construcción de la línea férrea de Cundinamarca, es incuestionable que el Consorcio Siemens-Bauunion y Philipp Holzmann es civilmente responsable de la muerte trágica de Ernestina Camelo y que por tanto está obligado a la indemnización correspondiente".

Objeta el recurrente esta parte de la sentencia y considera que es violatoria de ley sustantiva, especialmente porque no apreció las declaraciones extrajuicio de los señores Pedro Montoya, Librada Arias y Leonidas Andrade Marín, las cuales, aunque no se ratificaron dentro de los términos de prueba del juicio, tienen mérito legal probatorio al tenor de lo dispuesto en los artículos 597, 608 y 693 del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que el Tribunal estimó que dichas declaraciones habrían servido para demostrar la inculpabilidad de las sociedades demandadas, pero que, como no les dio mérito probatorio, violó los artículos citados, los cuales deben interpretarse en el sentido de darles valor legal, porque fueron presentadas con la demanda.

En concepto de la Corte la sentencia no dice que tales declaraciones, si tuvieran eficacia legal, habrían probado la inculpabilidad de las sociedades; establece simplemente que no es posible entrar a apreciarlas, porque no fueron ratificadas oportunamente. Y no cabe darles mérito probatorio alguno, no obstante las alegaciones del recurrente, porque no lo permite el artículo 693 del C. J., que es de estricta aplicación, y porque el 597 no tiene la virtualidad de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales pertinentes. El artículo 608 nada tiene qué ver en este caso, porque él se refiere únicamente a la confesión extrajudicial, y aquí se trata de declaraciones recibidas extrajuicio, y no de confesión de parte.

La sentencia acusada expresa también las razones por las cuales no sirven las declaraciones de Roberto Espitia, Luis Antonio Mora, Carlos Hernández y José Santos Muñoz para demostrar la inculpabilidad de la parte demandada, razones que la Corte acepta.

Por lo expuesto, no prosperan "las causales de casación que contempla el art. 520 del Código Judicial, en sus ordinales 1º, 2º y 3º", alegadas por el recurrente en la parte de su demanda que acaba de analizarse.

Queda por estudiar la "causal por violación directa de la ley sustantiva, falsa apreciación de las pruebas e interpretación errónea de pruebas y de la ley", alegada en último término por el recurrente.

Considera éste que se han violado los artículos 1494, 1495, 1498, 1501, 1517, 1602, 1603, 1604, 1618, 1619, 1620 a 1624, 2142 a 2144, 2146, 2150 y 2184 del Código Civil, porque se ha interpretado mal el contrato de construcción, que es, dice, de mandato, por lo cual la responsabilidad que se persigue corre a cargo del mandante y no del mandatario.

Es tan injustificado este cargo, que basta una ligera lectura del contrato celebrado por la Compañía del Ferrocarril de Cundinamarca con las sociedades demandadas, para demostrar que tuvo por objeto la construcción de un trayecto del Ferrocarril de Cundinamarca, por un precio único prefijado, y que en manera alguna puede considerarse como un contrato de mandato. Pero, si lo fuera, cabría aquí la misma observación que atrás se hizo, al estudiar el Tercer Cargo, referente al derecho que tiene la persona perjudicada para demandar a quien más le convenga. De consiguiente, se desecha.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no infirma** la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha nueve de febrero de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón — Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Conjuez, Juan Francisco Mújica—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PRINCIPAL SOBRE DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, CONDENA AL PAGO DE PERJUICIOS, ETC., Y ACCION DE RECONVENCION SOBRE RESOLUCION, ETC. — ACUERDOS DE LOS CONCEJOS. — OBSERVACIONES DE LOS GOBERNADORES SOBRE LOS ACUERDOS DE LOS CONCEJOS.— CONDICION RESOLUTORIA TACITA Y SUS CONSECUENCIAS.

1.—Los Gobernadores tienen la facultad de declarar la exequibilidad de los Acuerdos, pero no la inexequibilidad. Esta corresponde decidirla exclusivamente a la autoridad competente. El Gobernador que lo hace usurpa jurisdicción. Las observaciones del Gobernador pueden no versar sobre aspectos constitucionales o legales, sino por motivos de inconveniencia, por ejemplo. El Acuerdo rige una vez sancionado por el Gobernador, lo que quiere decir que el acto de exequibilidad o de observaciones proferido por el Gobernador, no es el que le da existencia legal al Acuerdo, sino la sanción del Alcalde y su promulgación. Claramente lo expresa así el artículo 178 del C. de R. P. y M. De tal manera que, como tesis general, los Acuerdos expedidos por los Concejos al ser declarados exequibles por el Gobernador no los aprueba, sino que simplemente da la declaración de que están conformes con la Constitución, las Leyes y las Ordenanzas. El acto existe sin necesidad de la exequibilidad gubernamental, mientras no sea anulado por la autoridad competente. Pero, cuando se trata de un acto, un contrato, por ejemplo, que exige para su perfeccionamiento la aprobación del Gobernador, la cuestión cambia fundamentalmente. El Concejo Municipal expide el Acuerdo que aprueba un contrato cuyas cláusulas dispositivas incorpora en el acto; pasa a la sanción del Alcalde y luégo a la aprobación del Gobernador, según estipulación exigida en una cláusula contractual. El Gobernador declara exequible el Acuerdo. En este caso, la fórmula *exequible* sí implica la aprobación del contrato, pues al tiempo que declara constitucional o legal el Acuerdo, le da viabilidad jurídica al contrato en él incluído, conforme con la cláusula que exige la aprobación del Gobernador para su validez legal. Si el Gobernador se abstiene de concederle la exequibilidad al Acuerdo, ello puede ser motivado, o por estimarlo contrario a la ley o la Constitución o porque desaprueba el contrato que en él está incorporado. En cada uno de estos casos hará las observaciones que sean pertinentes, ya se refieran al acto del Concejo o al contrato que aprueba. Si el Acuerdo es declarado exequible, este acto está demostrando que el Acuerdo expedido por el Concejo está conforme a la Constitución. Si no es declarado exequible, excepcionalmente no tiene valor legal, aunque haya sido sancionado por el Alcalde y promulgado, pues en este caso la no exequibilidad sí viene a considerarse como desaprobación, pues puede estimarse que el contrato forma como un solo todo con el Acuerdo que lo aprueba. — 2.—En virtud del principio consignado en el artículo 1546 del C. C. el acreedor de una obligación, lesionado por inejecución de ella, puede obtener la cancelación de la convención que le ha dado vida a esa obligación con el fin, entre otros, de no ser constreñido a pagar la obligación que a su turno contrajo si no lo ha hecho todavía, o con el objeto de repetir sus propias prestaciones si ya las satisfizo; todo ello con la indemnización de perjuicios consiguiente. — 3.—La mora producida por fuerza mayor no da lugar a indemnización de perjuicios, conforme al artículo 1616 del C. C.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre dieciseis de mil novecientos cuarenta.

(Ponente: Magistrado Dr. Daniel Anzola)

El Acuerdo número 13 de 1930 expedido por el Concejo Municipal del Guamo, autorizó al Personero y la Junta de Luz, entidad creada por Acuerdo número 9 del mismo año para contratar mediante aprobación del Concejo y de la Gobernación del Departamento del Tolima, con persona natural o jurídica, nacional o extranjera, la construcción de una planta hidroeléctrica destinada al servicio particular y público de la expresada población; luégo de los avisos dados y demás publicaciones reglamentarias para estos casos, el Municipio debidamente representado y Alfonso Sánchez León por medio de apoderado constituído al efecto, celebraron el contrato de que da cuenta el instrumento público número 99 de 14 de abril de 1932 de la Notaría del Guamo, por el cual Sánchez León se obligó a construír en el río Luisa y en punto previamente convenido, todas las obras necesarias para captar y derivar de la corriente, el agua suficiente para obtener una caída mínima de ocho metros cincuenta centímetros, capaz para mover una maquinaria que desarrollara no menos de noventa caballos de fuerza; se obligó Sánchez, además, a ejecutar las obras determinadas claramente en las varias cláusulas del contrato destinadas al montaje de la planta, todo en las condiciones, clase y calidad allí especificadas. Por la cláusula catorce se obligó el contratista, a otorgar a satisfacción de la Junta cincuenta días después de la fecha del contrato una caución hipotecaria por la cantidad de quince mil pesos moneda corriente, sobre fincas raíces ubicadas en Bogotá o en Ibagué para garantizar el posterior buen servicio de la empresa y su conveniente construcción, estipulándose, que en caso de incumplimiento en la prestación oporrantía hipotecaria; un segundo contado tuna de esta caución, pagaría al Municipio la suma de mil pesos moneda corriente, tres días después del plazo fijado para darla. También, por medio de la cláusula trece, se obligó a empezar los trabajos treinta días después de aprobado el contrato por la Gobernación y a entregar las obras funcionando convenientemente y en materiales de superior calidad a satisfacción de la Junta y de sus asesores, ocho meses después de vencido el término para la iniciación de los trabajos.

Para el caso de que el contratista incumpliera con alguna o algunas de las estipulaciones del contrato, se obligó a pagar al Municipio a más de los perjuicios resultantes, la suma de cinco mil pesos convenida como pena, así como a devolver las cantidades de dinero que hubiere recibido del Municipio a cuenta del contrato, junto con las maquinarias y demás enseres que le hubiere suministrado la Junta de Luz como destinadas a la realización de la obra o de la empresa. Se fijaron normas para dilucidar, en caso de desacuerdo, los conflictos que surgieran entre las partes contratantes en lo tocante al desarrollo técnico de las obras; finalmente, se convino, en que el Municipio podía declarar la caducidad del contrato por medio de resolución de la Alcaldía del lugar en todos los casos del artículo 41 del Código Fiscal de la Nación, en los establecidos por las Ordenanzas del Departamento del Tolima, y en el evento de que no se diere comienzo a los trabajos en la oportunidad y fecha convenida, precisándose, que en caso de caducidad, el Municipio podría tomar la planta en el estado en que estuviere, junto con todas las herramientas de propiedad de la empresa, sin necesidad de sentencia judicial, todo esto sin perjuicio de las demás acciones de la ley y que el Municipio pudiera dirigir contra el contratista.

El Municipio por su parte se obligó entre otras cosas "a pagar al contratista mediante cuentas de cobro la cantidad de veinte mil pesos moneda corriente por el valor del presente contrato, así: Un primer contado de diez mil pesos, diez días después de otorgada la escritura de ga-

de siete mil pesos al quedar terminadas las obras hidráulicas y la casa para máquinas; y el último contado de tres mil pesos diez días después de recibida la obra en general. A pagar al contratista intereses de demora a la rata bancaria en caso de demora en el pago del último contado ,sin perjuicio de las acciones civiles que dicho contratista pueda ejercitar contra el Municipio en el referido caso de demora. A pagar al contratista los perjuicios resultantes en el caso de no pagar el segundo contado en el tiempo estipulado en la cláusula veinticinco de este contrato".

Como declaración general se estipuló que para que el convenio surtiera efectos legales era indispensable previa aprobación tanto del Concejo Municipal del Guamo como de la Gobernación del Departamento. El Concejo le impartió su aprobación al contrato en Acuerdo correspondiente declarado exequible por la Gobernación según resolución comunicada el 27 de mayo de 1932.

El 22 de julio del mismo año, la Junta de Luz, creada como se ha dicho por el Concejo del Municipio del Guamo, con el objeto de que atendiera todo lo relacionado con el montaje y obras de la planta eléctrica, dirigió al contratista una nota en la cual le transcribe la resolución número 22 de junio de 1932, en la cual le dice, que la Junta interpreta que el contratista no está obligado a montar la maquinaria de capacidad de 90 H. P., que el término de cincuenta días para otorgar la caución vence el 16 de julio siguiente, fecha en que deben principiarse los trabajos, y que la obra debe entregarse ocho meses después de esta última fecha.

Por escritura número 712 de fecha 13 de julio de 1932 de la Notaría 3ª de Bogotá, el contratista Sánchez constituyó la caución hipotecaria convenida, que suscribieron, además del obligado, los fiadores Hernando Villa, José A. Piedrahita y Lozano, Hernando Villa Stanovich, Julio Navarro T., Jorge Villa S., Carlos E. Villa y el Personero Municipal Julio Meneses, autorizado debidamente por el Concejo Municipal por Acuerdo número 7 del mismo año. Los primeros en su propio nombre y diciéndose accionistas de la "Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, S. A.", constituída por escrituras números 2123 y 1156 de fecha 2 de octubre de 1930 y 20 de junio de 1931, ambas de la Notaría 4ª de Bogotá, dieron como garantía para asegurar los compromisos de Sánchez L. varios bienes de la sociedad en mención, tal como se lee en las cláusulas tercera y siguientes del instrumento en relación. Los otorgantes dijeron allí, "estar enterados del contrato, y de las modificaciones técnicas del asesor del Municipio, relacionadas con la sustitución de la represa y cambio de alambres de cobre fosforado por alambre de hierro galvanizado y que debía emplear el contratista".

Sánchez León confirió poder o autorizó al doctor Hernando Villa para ejecutar a su nombre los trabajos, para representarlo en todas las incidencias a que ello diere lugar, así como para llevar su personería ante las autoridades administrativas y judiciales en todos los litigios referentes al desarrollo contractual de las obligaciones y derechos convenidos. En esa virtud, el doctor Villa acometió los trabajos tendientes a la realización de la obra contratada.

Oportunamente recibió Villa el valor del primer contado del contrato, y como ocurriera alguna dificultad para el pago del segundo por no estar la represa construída, por cuanto el ingeniero Alex Look contratado por el municipio para visitar la planta en construcción conceptuara que la represa debía substituírse por otra distinta de la proyectada, el contratista, en desarrollo de la cláusula dieciocho de dicho convenio, ocurrió a la Gobernación del Departamento y obtuvo la visita de un ingeniero oficial, quien luégo de examinar los trabajos manifestó: "El ingeniero departamental del Tolima conceptúa que es necesario aceptar las observaciones de la Junta de Luz del Guamo en lo que se refiere a las obras de la represa y anexas al tanque de presión, y en con-

secuencia el contratista debe: 1º Construír la represa de que habla el ordinal a) de la cláusula primera del contrato, construcción que debe aplazarse hasta el próximo verano".

Sin embargo, aunque la represa no se construyó la planta se dio al servicio público, y el Municipio pagó el segundo contado dando en dinero efectivo la suma de seis mil pesos moneda corriente, y mil pesos en una orden de pago contra el Departamento del Tolima por valor imputable a suma por auxilios decretados por la Asamblea a favor del Municipio en Ordenanzas números 33 de 1927 y 45 de 1928; anticipó además quinientos pesos a cuenta del tercer contado, haciendo libramiento también en contra del Departamento y con imputación a la partida por auxilios. Villa recibió este contado, aclarando, por lo que hace al crédito contra el Departamento que, "es entendido que el crédito de mil quinientos pesos y que he aceptado contra el Departamento del Tolima, es por valor nominal, es decir, sin descuento álguno, y sin que el Municipio tenga ulterior responsabilidad en cuanto a la efectividad del mismo".

Así las cosas, el 6 de noviembre de 1933 la Junta de Luz y el Concejo aprobaron sendas proposiciones por las cuales se ordenaba al Alcalde del Guamo dictara resolución que declarara caducado el contrato entre el Municipio y el contratista Sánchez León; el funcionario requerido publicó al día siguiente la resolución número 30 que dice en lo pertinente: "Declárase caducado el contrato celebrado por el Municipio del Guamo con el señor doctor J. Alfonso Sánchez León, sobre construcción de la planta eléctrica del Municipio y consignado solemnemente en la escritura número 99 de fecha 14 de abril de 1932 corrida ante la Notaría de este Circuito. 2ª Como consecuencia de lo resuelto en el punto anterior, el Municipio o la Junta de Luz, tomarán la obra de la planta eléctrica en el estado en que se encuentre, quedando en tal caso, de propiedad del Municipio del Guamo las herramientas y demás materiales que estén en poder del contratista en cumplimiento de lo que ordena la cláusula vigésima-primera del mismo contrato; y 3º Copia de esta resolución será pasada a los señores Presidentes del H. Concejo Municipal de esta ciudad y de la Junta de Luz". La resolución se ordenó notificar a los interesados.

En desarrollo de este decreto de caducidad, el Municipio ocupó la empresa con todos sus accesorios propios y ajenos, despidió a los trabajadores del contratista, notificándole al administrador de los trabajos, que cesaba en su empleo, y que sólo podía retirar, "su cama y sus vestidos, porque todo lo demás pasaba a poder del Municipio mientras se arreglaba el asunto con el contratista".

El litigio.

En vista de todas estas ocurrencias, el doctor Villa en su propio nombre y como apoderado de Alfonso Sánchez León, José A. Piedrahita y Lozano, Hernando Villa Stanovich, Julio Navarro T., Carlos E. Villa y Jorge Villa S., presentó demanda ante el Juzgado del Circuito del Guamo contra el Municipio del mismo lugar, representado por el Personero, para que con sú audiencia y en trámite ordinario se hicieran estas declaraciones que se extractan: a) Que el Municipio demandado está en mora de cumplir el contrato contenido en la escritura pública número 99 de 14 de abril de 1932, otorgada en la Notaría del Guamo, adicionado por lo establecido en la número 712 de la Notaría 3ª de Bogotá de 13 de julio del mismo año, mora consistente en no haber pagado el Municipio oportunamente el valor total de los dos últimos contados del precio del contrato; b) Que Alfonso Sánchez no está en mora de cumplir los compromisos contraídos por él y de que habla el mismo contrato; c) Que la resolución de caducidad está sin notificar, que no tiene fuerza obligatoria por haberse dictado sin audiencia de los interesados y por un funcionario sin jurisdicción, pretextando mora imputable al contratista; d) Que el

Municipio es responsable de los perjuicios resultantes de haberse constituído en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como de los consiguientes a los producidos por efecto del decreto de caducidad; e) Que el Municipio debe pagar al contratista las siguientes cantidades: mil pesos valor del giro no pagado por la Gobernación, tres mil pesos correspondientes al último contado del contrato, cuatrocientos ochenta y cinco pesos, precio de setenta y siete instalaciones privadas distintas de las estipuladas en el contrato y que fueron autorizadas por el Personero y la Junta de Luz, y el valor apreciado de las herramientas y demás elementos de propiedad del contratista que el Municipio tomó por la fuerza a pretexto de la resolución de caducidad.

Solicitó en subsidio de la petición anterior, se condenara al Municipio a pagar las sumas de dinero expresadas, con deducción del valor de la represa sobre el río Luisa, que el contratista estuvo en imposibilidad física de construír por la gran cantidad de agua o avenida del río. Pidió, finalmente, se ordenara la cancelación de la hipoteca constituída por la escritura ya citada, y que se declarara que los fiadores, no tienen responsabilidad ninguna personal por razón de las estipulaciones de la escritura de fianza, por no contener dicho documento obligaciones personales sino simplemente las que resulten de la fianza hipotecaria que prestaron, y que vino a recaer sobre una cosa ajena.

Corrido el traslado de regla, el Municipio demandado por conducto de su representante legal contestó la demanda, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas en el libelo y proponiendo a su turno demanda de reconvención, para que se declarara: a) Que por no haber cumplido el contratista el contrato para el montaje de la planta, debe declararse resuelta dicha convención; b) Que los señores Piedrahita, Villa Stanovich, Navarro T., Jorge Villa, Carlos E. Villa y Hernando Villa, "se constituyeron en su propio nombre y como socios de la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, S. A.", fiadores solidarios de Alfonso Sánchez L. en forma hipotecaria para responder de las obligaciones contenidas por éste en el contrato"; c) Que el contratista no ha entregado la empresa al Municipio y que está en mora de hacerlo; d) Que el Municipio cumplió con las obligaciones de entregar al contratista las herramientas, materiales y maquinarias a que se comprometió en el contrato, junto con la suma de diez y siete mil quinientos pesos, valor correspondiente al pago de los contados primero, segundo y parte del tercero del precio convenido; e) Que se condene a los señores doctor J. Alfonso Sánchez León, lo mismo que a sus fiadores solidarios, en su propia persona ya como tales fiadores solidarios y socios de la "Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias", y a la finca hipotecada en la cláusula tercera del instrumento número 712 de fecha 13 de julio de 1932, distinguida con este nombre, y como propiedad de la compañía urbanizadora ya citada y de que son socios únicos, a pagar al Municipio del Guamo, dentro del término de tres días las siguientes sumas de dinero: cinco mil pesos moneda corriente, por el incumplimiento de las estipulaciones del contrato o de algunas de ellas; la suma en que se estime por peritos el valor de los perjuicios causados al Municipio por falta de cumplimiento del contrato; diez y siete mil quinientos pesos moneda corriente que recibió el contratista o sus representantes legales, de manos del Municipio del Guamo, y sus intereses legales; y quinientos diez pesos moneda corriente, valor de trescientos cuarenta rieles que la Nación cedió al Municipio, y que éste le vendió al contratista para el montaje de las líneas de alta y baja tensión, a razón de un peso cincuenta centavos cada uno; y f) Que se condene a los demandados al pago de las costas en caso de oponerse a que se hagan las anteriores declaraciones.

Sentencias de primero y segundo grado.

Adelantado este juicio doble por los trámites de la ley, le puso fin el Juzgado del Circuito a la primera instancia con su sentencia de fecha cinco de julio de mil novecientos treinta y cinco en que absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, y condenó a los contrademandados al tenor de todas las súplicas de la reconvención. Como no conformara este proveído a la parte demandante, subieron los autos al Tribunal Superior de Ibagué en grado de apelación, entidad que previo el trámite legal correspondiente, en sentencia de diez y siete de abril de mil novecientos treinta y nueve profirió:

"1º Confírmase la sentencia apelada en cuanto niega las peticiones de la demanda presentada por el doctor Hernando Villa en su propio nombre y como apoderado de Alfonso Sánchez León, Jorge A. Piedrahita y Lozano, Hernando Villa Stanovich, Julio Navarro T., Carlos E. Villa y Jorge Villa S. contra el Municipio del Guamo con fecha veinte de marzo de mil novecientose treinta y cuatro.

"2º Las declaraciones relacionadas con la demanda de reconvención quedan así:

"**Primera.** El Municipio del Guamo cumplió por su parte con el contrato contenido en la escritura Nº 99 de catorce de abril de mil novecientos treinta y dos, entregando al contratista doctor J. Alfonso Sánchez León, o a sus representantes legales, los materiales y equipo de la maquinaria eléctrica oportunamente, lo mismo que la cantidad de diez y siete mil quinientos pesos ($ 17.500) moneda corriente, correspondiente al pago del primero, segundo y parte del tercer contado del contrato.

"**Segunda.** El demandado señor doctor J. Alfonso Sánchez León no ha cumplido en todas sus partes el contrato relativo al montaje de la planta eléctrica del Municipio del Guamo, contenido en la escritura número 99 de fecha catorce de abril de mil novecientos treinta y dos, de la Notaría del Guamo, y que celebró con el Personero Municipal y miembros de la Junta de Luz del indicado Municipio; y en lo resoluble de ese contrato, que es lo no cumplido, se **declara resuelto**:

"**Tercera.** El demandado J. Alfonso Sánchez León no ha entregado al Municipio del Guamo de acuerdo con el contrato contenido en la escritura número 99 de fecha catorce de abril de mil novecientos treinta y dos, todas las obras a que se refieren las cláusulas primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y duodécima que constituyen la empresa de energía eléctrica del Municipio del Guamo, no obstante ser esa su obligación, y que está en mora de verificarlo, lo mismo que sus fiadores.

"**Cuarta.** Los señores Hernando Villa, José A. Piedrahita y Lozano, Hernando Villa Stanovich (hijo), Julio Navarro T., Jorge Villa S. y Carlos E. Villa, se constituyeron en su propio nombre y como socios de la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, fiadores solidarios del doctor J. Alfonso Sánchez León, en forma hipotecaria, para responder de todas las obligaciones contraídas por éste en el contrato contenido en la escritura número 99 de catorce de abril de mil novecientos treinta y dos de la Notaría del Guamo, y constituyeron hipoteca a favor del Municipio del Guamo sobre los bienes que expresa la cláusula 4ª del instrumento público número 712 de fecha trece de julio de mil novecientos treinta y dos de la Notaría 3ª de Bogotá.

"**Quinta.** Se condena al doctor J. Alfonso Sánchez León, lo mismo que a sus fiadores solidarios, señores Hernando Villa, José A. Piedrahita y Lozano, Carlos E. Villa, Hernando Villa Stanovich (hijo), Julio Navarro T. y Jorge Villa S., en su propia persona, y acomo tales fiadores solidarios y socios de la Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias, y con el producto de la finca hipotecada en la cláusula 3ª del instrumento número 712 de fecha trece de julio de mil novecientos treinta y dos, que es propiedad de la Compañía Urbanizadora ya citada, de la cual son socios únicos los fiadores arriba nombrados, a pagar al Municipio del Guamo, dentro del término de tres días, las

siguientes cantidades de dinero: cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente, por el incumplimiento de las estipulaciones del contrato, y el valor de los perjuicios causados al Municipio por el incumplimiento del contrato contenido en la escritura número 99 de mil novecientos treinta y dos de la Notaría del Guamo, perjuicios que se estimarán en juicio separado.

"**Sexta.** Se absuelve a los demandados de la reconvención de la obligación de devolver las sumas recibidas por cuenta del contrato, y de la de pagar el valor exigido por los rieles.

"**Séptima.** No se hace condenación en costas".

Contra la anterior sentencia se interpuso por los demandados oportunamente recurso extraordinario de casación, que legalmente admitido y tramitado se decide hoy ya que nada impide el pronunciamiento de la Corte.

Fundamentos de la sentencia acusada

El Tribunal fallador asienta en su sentencia la consideración de que las peticiones de una y otra parte tienen como base una misma fuente, no otra que el contrato de que da cuenta el instrumento número 99, que ambas partes acusan de haber sido incumplida por la otra; lúego de enumerar las obligaciones convenidas por una y otra parte concluye, "que el contrato es bilateral, y en forma, que la norma a que hacen referencia las peticiones primera, segunda, cuarta de la demanda inicial y la marcada con el número tercero de la reconvención han de regirse por la disposición del artículo 1609 del Código Civil".

Al estudiar la mora imputada al Municipio por el no pago oportuno del valor total del segundo contado del contrato, determina que tal figura no se ha producido, en razón de que según el convenio, el segundo contado por siete mil pesos debía pagarse al terminar las obras hidráulicas, y el pago se hizo antes de que éstas quedaran terminadas, como lo acredita el documento firmado por Villa y en donde declara, que recibió el valor del segundo contado y parte del tercero, así: seis mil pesos en dinero efectivo, y mil quinientos pesos en un crédito vigente a cargo del Departamento del Tolima, "por su valor nominal, es decir, sin descuento alguno y sin que el Municipio tenga ulterior responsabilidad en cuanto a la efectividad del mismo". Por lo que hace al pago restante del tercer contado, dice el fallo, que el Municipio se ha abstenido de hacerlo con todo derecho, porque el contratista ni construyó la represa ni otras obras, ni entregó la planta a términos del contrato estipulado. Fundado en estas apreciaciones, libra el Tribunal sentencia absolutoria en relación con las súplicas solicitadas contra la entidad inicialmente demandada.

Halla, el Tribunal, en cambio demostrado el hecho de haber incurrido el contratista en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por no haber construído en la oportunidad convenida todas las obras hidráulicas, especialmente la represa indicada para la captación del agua; en fin, porque omitió verificar la entrega de la obra en la fecha estipulada, conclusión que pronuncia pese al concepto del ingeniero del Departamento quien aconsejó en forma oficial, que la represa proyectada en el contrato y que el Municipio y la Junta de Luz en acuerdo con el contratista habían convenido en sustituír por otra diferente, debía precisamente levantarse en la forma y condiciones especificadas inicialmente, aunque, advirtiendo y aclarando, que el trabajo sólo podía realizarse durante la época de verano. Cree el Tribunal, que como el contratista ha debido preveer las épocas de invierno, el reinante en la región per ese tiempo no le inhibía para cumplir el contrato ni le daba motivo para demorar la construcción de la represa, y que como resultare que no sólo la aplazó sino que no la construyó, cayó en mora de cumplir la convención cuya resolución demanda el Municipio, y que en lo pertinente impone la sentencia con las consecuen-

cias que comporta tal declaratoria judicial.

Por lo que hace a la resolución de caducidad que el demandante solicitó se declarara sin efecto, el Tribunal halló que no era el caso de acceder a ese pedimento, porque "para el contratista de una represa, no puede ser imprevisto el aumento del caudal de aguas corrientes en que ella se va a construír sino que ese aumento está entre las previsiones más inmediatas..... Si esto es así cabe la alegación del caso imprevisto, imposible de resistir que el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 apellida fuerza mayor o caso fortuito. En este punto es preciso convenir que el señor Juez tiene toda la razón cuando echó de menos la prueba de que el contratista hubiera sido víctima de una fuerza incontrastable durante el tiempo estipulado para emprender en la obra de la represa. Ese aumento del caudal de aguas se alega como ocurrido, ya cuando el contratista estaba en mora de cumplir con sus obligaciones".

En guarda de su lógica, el Tribunal hubo de negar también todas las peticiones que como consecuenciales a la relacionada con el éxito que tuviera el decreto de caducidad, indica en su libelo el señor apoderado de la parte actora.

Ya se dijo que el Tribunal halló establecido el hecho de que la mora con imputación al contratista, y al hacer en su fallo esta declaración, impuso también por este solo hecho las condenas que como consecuenciales solicitó el Municipio relacionadas con el pago de perjuicios y multa estipulada; negó sí la orden de la sentencia de primer grado que imponía al contratista la obligación de devolver todas las sumas de dinero recibidas a cuenta de los trabajos realizados y el valor de los rieles para postes que donó el Gobierno Nacional para la empresa, y suprimió la condenación en costas. Finalmente declaró que los fiadores del contratista afianzaron las obligaciones de éste personalmente a más de la garantía hipotecaria que prestaron sobre una finca de propiedad de la sociedad anónima conocida con el nombre de Compañía Urbanizadora del Barrio de Las Ferias; advirtiendo simplemente, que tal declaración la imponía la lectura de las cláusulas de la escritura que relaciona la caución, "que los contratantes firmaron libre y espontáneamente con ánimo de asegurar los compromisos de Sánchez también en forma personal". En tal virtud, condenó al contratista y a sus fiadores a pagar personalmente en forma solidaria, y con el producto de la finca hipotecada, el valor de la multa y lo que resultare como correspondiente al de los perjuicios por incumplimiento del contrato, y argumenta así: "La fianza, por lo demás, comprende todos los accesorios de la obligación afianzada de modo que si la obligación principal se hubiere de declarar incumplida por parte del deudor, y ese incumplimiento diere lugar— como sucede aquí— a la indemnización de perjuicios, el fiador quedaría obligado a responder también por esa indemnización..." El hecho de que la escritura 99 estableciera la obligación de prestar garantía real para el contrato, no impedía a los señores Villas y compañeros afianzarlo personalmente, porque ellos fueron libres de obligarse como tales fiadores con una espontaneidad que justamente hoy los cohibe de librarse de esa fianza sin voluntad del acreedor".

La parte actora en el litigio no acepta en forma alguna las consideraciones motivas que trae el fallo venido al estudio de la Corte, ni menos acepta las condenaciones que se hacen. Dice, que el Tribunal parte de una base falsa, la de considerar que el contratista incurrió en mora por lo que hace al cumplimiento de sus obligaciones por no haber construído la represa en el tiempo convenido ni entregado la totalidad de la obra a la llegada del plazo para hacerlo. Se defiende, diciendo, que si no construyó la represa tal como se convino en el contrato, fue porque la Junta de Luz y el Concejo optaron sustituírla por otra en diferentes condiciones, y porque al disponerse a hacerlo, intervino el ingeniero departamental en desarrollo de facultades del mismo contra-

to, y dispuso, contra el concepto de la Junta de Luz, que la represa debía construírse precisamente en la forma y condiciones inicialmente indicadas, pero advirtiendo, que ese trabajo solamente podía realizarse en el próximo verano; agrega el recurrente, que cesado el invierno se había visto físicamente imposibilitado para construír la represa porque el Municipio se había apoderado de la planta y de todas las demás obras.

Sostiene también, que el decreto de caducidad, fundado en que el contratista no dio oportunamente la caución ni entregó a su tiempo las obras contratadas, no puede tener efectos judiciales por no haber ocurrido las causales indicadas en el contrato, ya que la fianza se prestó y fue aceptada por el Personero de la localidad; porque se construyeron las obras, a excepción de la represa; porque a cambio de los tres transformadores especificados en el contrato se puso uno de capacidad suficiente a llenar la necesidad de los primeros; y porque, la casa para la maquinaria y servicio de empleados la hizo en mejores condiciones técnicas que las estipuladas, todo a satisfacción del Municipio contratante. Considera que no hay lugar al pago de multa y perjuicios, por ser ellos consecuencia de un supuesto incumplimiento; no acepta tampoco, la consideración de que los fiadores se obligaron personalmente ni la orden que trae el fallo del Tribunal en cuanto dispone que se pague la multa y los perjuicios con el producto de la finca hipotecada, por cuanto, dice, "el bien en relación no es de los fiadores sino de una persona jurídica que en manera alguna representan y que sólo había podido hipotecar el Gerente de la citada sociedad a términos del contrato social correspondiente".

El recurso.

El recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva del Tribunal y que legalmente admitido y tramitado se decide hoy, se funda en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. J., esto es, violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida y mala interpretación como consecuencia de errónea apreciación de las pruebas. También se alega el motivo sexto de la disposición citada, y acusa como violados los artículos 1965, 1626, 1627, 1649, 1510, 2663, 2361 del Código Civil, 448 del Código Judicial, 54, 26, 22, 16 de la Constitución Nacional; y como dejados de aplicar al caso del pleito, las disposiciones del Código Fiscal del Tolima, los artículos 2439 y 1596 del C. C.; como pruebas interpretadas erróneamente señala principalmente la escritura 99 que relaciona el contrato, la 712 que lo complementa, así como los demás elementos de los cuales deduce el Tribunal que el contratista incurrió en la mora denunciada.

En las numerosas páginas de la demanda de casación, puntualiza el recurrente en veinticinco puntos los cargos que formula a la sentencia. Gran parte del escrito se reduce a criticar el fallo de la primera instancia, para hacer notar las deficiencias, informalidades y nulidades adjetivas en que, según su parecer, incurrió el funcionario fallador; otro tanto acontece con los comentarios que hace al proveído del Tribunal, y a tal punto, que el recurrente, olvidando la técnica de la casación, parece que alegara para una nueva instancia en donde sí son susceptibles de estudio los reclamos relacionados con informalidades procesales o nulidades adjetivas. La Corte sólo puede tornarse en fallador de instancia, cuando al infirmar el fallo que se acusa viene a sustituír al Tribunal para dictar el pertinente.

Los cargos.

Los cargos del recurrente en cuanto son pertinentes, catalogados en el orden lógico correspondiente, pueden sintetizarse así:

a) La sentencia es violatoria de la ley por cuanto se apreció erróneamente la prueba que llevó al Tribunal a declarar que el contrato relacionado en el instru-

mento público número 99 tiene eficacia legal, siendo como es inexistente legalmente, por no haber sido aprobado por la Gobernación, tal como se pactó en la cláusula diecisiete, en donde se dijo, que para que el contrato surtiera efectos legales precisaba previa aprobación de la Gobernación del Departamento del Tolima.

b) La sentencia es violatoria de la ley, porque caso de estimarse que el contrato sí liga a las partes, se apreció erróneamente la prueba que indujo al Tribunal a estimar que el contratista había incurrido en mora por incumplimiento de sus obligaciones, siendo que, si realmente no se realizó la entrega de la obra, se debió a que previamente la incautó por la fuerza el Municipio alegando los efectos del decreto de caducidad dictado por el Alcalde del lugar, so pretexto de la no realización de algunas obras que ni siquiera determina o puntualiza ese decreto.

c) Violó la ley el Tribunal, al negarse a declarar sin efecto el decreto de caducidad proferido por la Alcaldía del Guamo sin las fórmulas previas correspondientes, siendo nula la dicha resolución porque los Municipios carecen de derecho para investir a los Alcaldes de atribuciones como ésta. Señala como violados por este concepto los artículos 54, 57, 22 y 16 de la Constitución Nacional.

d) Violó también el Tribunal disposiciones sustantivas al interpretar erróneamente la prueba tenida en cuenta en la sentencia y de la cual dedujo, que el Municipio había pagado al contratista a cuenta del contrato la suma de mil quinientos pesos moneda corriente, con el valor de un crédito a cargo del Departamento del Tolima y que le fue cedido, siendo dicho crédito inexistente a la época de la cesión por haberse cancelado por disposición de la Asamblea del Departamento. Señala como violados los artículos 1965, 1625, 1627 y 1649 del C. C.

e) Acusa también el fallo por haberse interpretado erróneamente el contrato constitutivo de la caución hipotecaria, toda vez que los fiadores no se obligaron personalmente; por haber ordenado pagar el valor de la caución pactada con el producto de la finca hipotecada siendo tal inmueble no de propiedad de los obligados, sino de una sociedad anónima por la cual hablaron los fiadores sin personería suficiente para ello, a términos de que la hipoteca recayó sobre cosa ajena y que debe reputarse nula. Señala como violados por este concepto los artículos 2373, 2439 y 1510 del C. C.

Primer cargo.

Inexistencia del contrato. — Aparece agregada al proceso la escritura número 99 del 14 de abril de 1932, de la Notaría del Guamo, debidamente registrada, declarativa del contrato celebrado entre el expresado Municipio, los miembros de la Junta de Luz de dicha localidad y Juan Cappan en representación de Alfonso Sánchez León, documento en donde se leen las obligaciones que los contratantes mutuamente convinieron, relacionadas con la construcción para el Municipio de una planta eléctrica para los servicios de luz, fuerza y calor. En la cláusula final del convenio dijeron los otorgantes: "Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º del Acuerdo número 13 de 1930 que fue el que creó la Junta de Luz, este contrato necesita la aprobación del H. Concejo Municipal del Guamo, después de lo cual debe someterse a la del señor Gobernador del Departamento del Tolima, sin cuyos requisitos no tendrá efectos legales". En desarrollo de esta obligación, los interesados sometieron a la aprobación del Concejo el contrato referido una vez firmado, éntidad que la impartió en Acuerdo número 7 del 18 de abril del mismo año; el 23 siguiente, el Alcalde del lugar sancionó este Acuerdo. Con estas atestaciones se envió a la Gobernación del Departamento del Tolima el expediente así formado, y el Gobernador, con fecha 27 de mayo del mismo año comunicó a la Alcaldía y al Personero del Guamo, que el Acuerdo número 7 por el cual el Concejo había aprobado el contrato había recibido también la que correspondía a la Go-

bernación; al Personero le dio noticia de ese acto el Secretario de Gobierno en telegrama de la misma fecha avisándola: "Exequible Acuerdo Nº 7 corriente año". Al pie de este telegrama aparece esta tación firmada por el señor Personero: "Mayo 28 de 1932.—Hoy se comunicó al doctor J. Alfonso Sánchez León la aprobación del contrato".

Pero alega el recurrente: "De acuerdo con lo establecido en el artículo 177 del C. P. y M., el Gobernador sólo puede observar los Acuerdos por inconstitucionales o por ilegales, mas no por inconvenientes; en cambio, de acuerdo con las normas fiscales, el Gobernador tiene perfecto derecho a improbar los contratos cuando sean inconvenientes para el Municipio, aun cuando estén ajustados a las normales legales. Quiere decir todo lo anterior que el contrato a que me estoy refiriendo, no quedó aprobado por el sólo hecho de que la Gobernación hubiese dicho que el Acuerdo número 7 de 1932 es exequible.... Por todas estas anteriores razones es indudable que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de todas las pruebas que obran en los autos en relación con la aprobación del contrato, por el señor Gobernador del Tolima; y es también innegable que el Tribunal incurrió en error de hecho, que aparece de un modo manifiesto en los autos, al apreciar las mencionadas pruebas y al dar por existente legalmente un contrato que no lo estaba".

La Corte considera:

La Constitución Nacional confiere a los Gobernadores la facultad de revisar los actos de las municipalidades por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. El Código de Régimen Político y Municipal concede a los Gobernadores la misma facultad.

Según la ley, cuando el Gobernador hallare irregularidades en los Acuerdos podrá devolverlos a los Concejos con observaciones para que sean corregidos. Si el Concejo no acepta las observaciones y éstas versaren sobre cuestiones de inconstitucionalidad o ilegalidad, los pasará a la autoridad competente para que ésta decida sobre su exequibilidad. Si el Acuerdo se halla ajustado a la Constitución y a la Ley, lo declarará exequible. Sancionado por el Alcalde un Acuerdo será publicado y desde ese momento principiará su vigencia, a menos que el mismo Acuerdo disponga otra cosa.

De las anteriores normas constitucionales y legales, se desprenden las siguientes conclusiones:

Que los Gobernadores tienen la facultad de declarar la exequibilidad de los Acuerdos, pero no la inexequibilidad. Esta corresponde decidirla exclusivamente a la autoridad competente. El Gobernador que lo hace está usurpando jurisdicción.

Las observaciones del Gobernador pueden no versar sobre aspectos constitucionales o legales, sino por motivos de inconveniencia por ejemplo.

El Acuerdo rige una vez sancionado por el Alcalde aunque sea objetado por el Gobernador, lo que quiere decir que el acto de exequibilidad o de observaciones proferido por el Gobernador, no es el que le da existencia legal al Acuerdo, sino la sanción del Alcalde y su promulgación. Claramente lo expresa así el artículo 178 del Código de Régimen Político y Municipal.

De tal manera que como tesis general, los Acuerdos expedidos por los Concejos al ser declarados exequibles por el Gobernador, no es que sean aprobados, da simplemente la declaración de que están conformes con la Constitución, las Leyes y las Ordenanzas. El acto existe sin necesidad de la exequibilidad gubernamental, mientras no sea anulado por la autoridad competente.

Pero, cuando se trata de un acto, un contrato por ejemplo, que exige para su perfeccionamiento la aprobación del Gobernador, la cuestión cambia fundamentalmente.

El Concejo Municipal expide el Acuerdo aprobando un contrato cuyas cláusulas la sanción del Alcalde y luégo a la apro-

disposiciones incorpora en el acto; pasa a

bación del Gobernador, según estipulación exigida en una cláusula contractual.

El Gobernador declara exequible el Acuerdo. En este caso, la fórmula exequible sí implica la aprobación del contrato, pues al tiempo que declara constitucional o legal el Acuerdo, le da viabilidad jurídica al contrato en él incluído, conforme con la cláusula que exige la aprobación del Gobernador para su validez legal.

Si el Gobernador se abstiene de concederle la exequibilidad al Acuerdo, ello puede ser motivado, o por estimarlo contrario a la ley o a la constitución, o porque desaprueba el contrato que en él está incorporado. En cada uno de estos casos hará las observaciones que sean pertinentes, ya se refieran al acto del Concejo o al contrato que aprueba.

Si el Acuerdo es declarado exequible, ese acto está demostrando que el Acuerdo expedido por el Concejo está conforme a la Constitución y a la Ley y que el contrato que contiene ha obtenido la aprobación de la Gobernación. Si el Acuerdo no es declarado exequible, excepcionalmente no tiene valor legal, aunque haya sido sancionado por el Alcalde y promulgado, pues en este caso la no exequibilidad sí viene a considerarse como desaprobación, pues puede estimarse que el contrato forma como un solo todo con el Acuerdo que lo aprueba.

La práctica administrativa en las Gobernaciones tiene por sentada la costumbre procedimental de que cuando se declara exequible un Acuerdo que contiene un contrato que requiere la aprobación del Gobernador, la exequibilidad del Acuerdo implica la aprobación del contrato respectivo; y como este es el caso de autos, cabe concluír que la resolución de la Gobernación del Tolima, y por la cual declaró que el Acuerdo contentivo del contrato era exequible, tal declaración lleva envuelta la aprobación del acto contenido en el Acuerdo, no otro que el contrato mismo que se dice no aprobado. Se rechaza por tanto el cargo.

Segundo cargo.

Incumplimiento del contrato. — En los contratos bilaterales, va envuelta siempre la condición resolutória tácita de su resolución, para el caso de que uno de los contratantes no cumpla las obligaciones a su cargo. En virtud de este principio (artículo 1546 del C. C.), el acreedor de una obligación, lesionado por la inejecución de él, puede obtener la cancelación de la convención que le ha dado vida a esa obligación con el fin, entre otros, de no ser constreñido a pagar la obligación que a su turno contrajo ni lo ha hecho todavía, o con el objeto de repetir sus propias prestaciones si ya las satisfizo; todo ello con la indemnización de perjuicios consiguiente.

Ocurre para el caso de autos, que el contrato bilateral que se examina relaciona con la debida separación la clase de obras que el contratista se obligó a hacer y fija el tiempo preciso para tal realización bajo la sanción expresa de la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, convenida así, a fin de que en caso de ocurrencia tal, la resolución se produjera de pleno derecho, y en forma, que en caso de controversia sobre la existencia de tal figura entre las partes contratantes, la misión del juzgador quedará limitada, no a decretarla, sino a reconocerla simplemente. Por lo demás, las obligaciones de los contratantes se estipularon no para cumplimiento simultáneo, ya que se pactó que a medida que se fueran construyendo las obras y al verificar la entrega sucesiva, adquiriría el contratista el derecho de recibir el precio, también en contados sucesivos y parciales. Ha estimado el Municipio, que el contratista no cumplió sus obligaciones porque dejó de construír la represa, a más de otras obras que ni ha indicado en forma alguna a todo lo largo del proceso y cuya enunciación o precisión omitió también el decreto de caducidad dictado por el Alcalde; con este fundamento solicitó en su demanda se declarara la resolución del contrato con indemnización de perjuicios,

y se condenara también al contratista al pago de la multa estipulada para el caso.

El Tribunal en su fallo, al aceptar la tesis del Municipio, declara que el contratista imcumplió en parte el contrato, ordena la resolución parcial de él, y hace la condena relacionada con el pago de la multa. Para fundamentar su proveído, toma pie en el hecho no discutido de que el contratista no construyó la represa en el tiempo convenido ni después, en el decreto de caducidad y en la circunstancia de que cuando firmó el doctor Villa el recibo por valor del segundo contado, hubo de confesar que para entonces no estaban concluídas las obras hidráulicas.

Se considera:

En la cláusula segunda del contrato, Sánchez León se comprometió a construír "una represa en el río Luisa para elevar el nivel de las aguas en forma y condiciones que aseguraran la estabilidad permanente, así de la represa misma como de la acequia canal o tubería"; se especificaron las obras que para este fin debían construírse sobre el río y demás que fueran necesarias para procurar en época de estiaje la entrada corriente de las aguas a la bocatoma, y las propias a impedir su destrucción en tiempo de grandes avenidas o crecientes.

Así las cosas, la Junta de Luz celebró un contrato con el ingeniero Alex Look para que estudiara la parte técnica de la planta, y este señor estudió y dijo al Municipio, que la represa proyectada en el contrato debía substituírse por otra de condiciones técnicas distintas; el Municipio atendió las observaciones de su ingeniero, y a efecto, en la escritura número 712 firmada por las partes contratantes y que relaciona la caución hipotecaria prestada por Sánchez y sus fiadores, se tomó nota clara de las recomendaciones del ingeniero y se convino en la sustitución de la represa contratada por la que proyectaba en su informe el ingeniero. El punto se sometió luégo al dictamen de los ingenieros del Departamento, y el comisionado oficial, luégo del estudio conveniente insistió en que la represa debía levantarse en la forma inicialmente pactada pero advirtiendo que su construcción debía aplazarse hasta el próximo verano.

El Tribunal, estimando que el invierno en la región por ese tiempo, no era motivo oponible al cumplimiento de la obligación de Sánchez —construír la represa— imputa a éste, incumplimiento, mora, y así lo declara en su sentencia, haciendo estas consideraciones: "Para el contratista de una represa no puede ser imprevisto el aumento del caudal de aguas en que ella se va a construír, sino que ese aumento está entre las previsiones más inmediatas. Que los ríos tengan sus desbordamientos, sus avenidas y sus sequías, es cosa que también lo saben los profanos en la ciencia de la ingeniería hidráulica. Mayormente debe preverlo quien, como técnico, va a desviar y captar, no por ensayo ni para corto tiempo, las aguas que se propone aprovechar para una obra estable que ha de satisfacer necesidades hoy primordiales en la vida civilizada. Si eso es así, no cabe la alegación del caso imprevisto, imposible de resistir, que el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 apellida fuerza mayor o caso fortuito. En este punto es preciso convenir que el señor Juez tiene toda la razón cuando echó de menos la prueba de que el contratista hubiera sido víctima de una fuerza incontrastable durante el tiempo estipulado para emprender en la obra de la empresa".

Pero resulta que de acuerdo con la cláusula dieciocho del contrato, el concepto técnico de los ingenieros del Departamento era obligatorio para las partes contratantes, y forzosamente tenían que estar a él; y como en su informe dijo este empleado que no le era posible por razón del invierno "fijar o determinar las dimensiones técnicas y condiciones especiales en que se podría ejecutar el trabajo de la represa, y que por este motivo era indispensable aplazar su construcción hasta el verano", consecuencialmente, el contratista tenía que someterse a esta inapelable decisión, aplazar la construcción de la represa hasta el verano, para levantarla cuando las condiciones de estiaje de las

aguas le permitieran al técnico ingeniero fijar las condiciones de la obra. Sucedió que vino el decreto de caducidad por la no construcción de la represa, tomó el Municipio por la fuerza las obras de la planta, y puso en imposibilidad al contratista para cumplir esta parte del contrato.

Si, pues, la construcción de la represa debía aplazarse por decisión obligatoria para las partes contratantes, surgía como consecuencia inevitable, la interrupción del término para entregar totalmente la planta hidroeléctrica hasta la época del estiaje de las corrientes del río Luisa y como corolario inevitable el no estar en mora el contratista; porque si llegó el verano, físicamente y por culpa del propio Municipio, quedó impedido de cumplir su compromiso, en razón, ya se dijo, de haberse apropiado el Municipio de la empresa, sin que antes el ingeniero le hubiera dado las especificaciones convenientes.

Es fundado el cargo que se hace a la sentencia en razón del motivo que se viene viendo, y siendo así, debe casarse el proveído ya que todas las condenaciones que se hacen parten del hecho de haberse estimado erróneamente que el contratista incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, por la no construcción de la represa. Convertida la Corte en fallador de instancia (art. 539 del C. J.), ha de dictar la resolución que corresponda.

Sentencia de instancia.

Repitiendo las súplicas de la demanda se tiene: En la primera, se solicita se declare que el Municipio está en mora de cumplir las obligaciones del contrato por no haber pagado oportunamente al contratista todos los contados del precio estipulado; la segunda, que el contratista no está en mora de cumplir sus compromisos; la cuarta reclama condena de perjuicios como consecuencia de la mora imputable al Municipio. La petición tercera se refiere a que se declare sin efecto la resolución de caducidad, y las restantes, reclaman el saldo del segundo contado y la totalidad del tercero, en razón de haberse convertido en giro muerto el crédito recibido en concepto de estos pagos y a cargo del Departamento del Tolima; se pide, finalmente, se declare que los fiadores de Sánchez no se obligaron personalmente, y que la caución hipotecaria debe cancelarse por no estar respaldando ninguna obligación.

Las súplicas de la reconvención reclaman todo lo contrario; y consecuencialmente, la condena al pago de perjuicios, al de la multa estipulada, a devolver todas las cantidades de dinero que el contratista recibió del Municipio por razón del contrato, y que todos esos pagos se hagan con el producto de la finca hipotecada; se piden además otras condenas accesorias. Ya se vio cómo fallaron los jueces de las dos instancias.

Considera la Corte:

Del estudio hecho al comienzo de este proveído se vio, cómo y por qué razón no pudo el contratista dar cumplimiento a la obligación principal de entregar la obra de la planta llegado el plazo para hacerlo. Si por efecto del mismo contrato se vio Villa obligado a demorar la construcción de la represa, y luégo el mismo Municipio lo imposibilitó físicamente para dar evasión al desarrollo normal de su obligación, no puede declararse que este resultado en sus efectos, le sea civilmente imputable al contratista, porque la mora producida por fuerza mayor no da lugar a indemnización de perjuicios (art. 1616 del C. C.), y porque para el caso de autos, se produjo como resultado de la intervención del ingeniero del Departamento una interrupción del término para entregar totalmente la planta hidroeléctrica, hasta que se presentara el estiaje del río Luisa, como quedó explicado antes.

Y se objeta que el contratista incumplió otra de sus obligaciones, no haber prestado oportunamente la fianza hipotecaria; es esta otra alegación inválida también, como lo patentiza no sólo la afirmación del propio Municipio, sino una simple comparación de fecha. En acuerdo con

la última cláusula de la escritura 99, se estipuló que el contrato principiaría a surtir efectos legales tan pronto como la Gobernación le diera aprobación, acto que se consumó el 27 de mayo del año de 1932; como a partir de esta fecha y dentro de los cincuenta días siguientes debía prestarse la caución y la escritura de hipoteca se firmó el 13 de julio del mismo año, es decir antes de los cincuenta días del plazo —cuatro días antes— vale decir que es infundada la consideración que se hace sobre este supuesto incumplimiento. Pero es más: en nota oficial del 22 de junio de 1932 del Municipio al contratista, se dijo a éste "que el término de cincuenta días fijado para otorgar la caución hipotecaria vence el 16 de julio próximo, fecha en la cual podría principiar los trabajos".

Tampoco incumplió el Municipio la obligación de pagar el precio del contrato, porque ciertamente la obra no se terminó, y era su obligación pagar el último contado al recibir la planta con todos los accesorios convenidos. No procede tampoco condenación alguna por perjuicios apreciables pericialmente. No los hay deducibles del contratista, porque la mora de entregar fue justificable; y de parte del Municipio, menos, porque si debe alguna suma de dinero, los perjuicios se confunden con los intereses que haya podido devengar esa misma cantidad (art. 1617 del C. C.). Como resultado lógico, se impone como clara consecuencia, que la posición de las partes en relación con el contrato es esta simplemente: el contratista debe la obra de la represa, y el Municipio a su turno, el saldo insoluto del precio del contrato, con los intereses legales de ese saldo a partir de la fecha del decreto de caducidad, fecha en que el Municipio imposibilitó al contratista el cumplimiento del contrato.

Este precio se estimó en la suma de veinte mil pesos moneda corriente, que debían cubrirse: diez mil pesos al iniciarse los trabajos, siete mil pesos al quedar terminada la construcción de las obras hidráulicas, y los tres mil restantes a la entrega de la empresa. El 23 de julio de 1932, día en que se iniciaron los trabajos, el Municipio pagó el primer contado en dinero efectivo; el segundo, como ya se dijo, lo cubrió el 20 de abril de 1933, seis mil pesos en dinero efectivo, y los mil restantes en un giro contra el Departamento del Tolima; dio también el Municipio a Villa este mismo día, quinientos pesos a cuenta del último abono en giro también contra el Departamento, imputables ambos a la suma que por auxilios destinados a obras públicas del Guamo concedió a este Municipio la Asamblea de aquel Departamento por las Ordenanzas números 33 de 1927 y 45 de 1928. Villa aceptó este crédito dando libre al Municipio de toda responsabilidad ulterior en cuanto a la efectividad del mismo, y esta cesión se consumó el 24 de mayo del año de 1933.

Sucedió que al presentarse la cuenta de cobro a la Secretaría de Hacienda del Departamento, el señor Secretario excusó el pago, diciendo a Villa que no era posible hacerlo por cuanto la Asamblea por Ordenanza número 21 del mismo año, había dispuesto que los auxilios para Municipios no hechos efectivos ni liquidados en la ejecución del presupuesto inmediatamente siguiente a la vigencia de las Ordenanzas que los decretaban, quedaban cancelados. Esto así, si el Municipio dijo pagar con este crédito, nada pagó, porque cedió un crédito inexistente al momento de hacer el traspaso o la cesión.

A más de ser axioma en derecho, que los contratos deben pactarse y ejecutarse con buena fe, dispone el artículo 1965 del Código Civil, que 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. Si, pues, el crédito del Municipio contra el Departamento fue declarado inexistente por no haberse hecho efectivo ni liquidado en el presupuesto inmediatamente siguiente a la fecha de las Ordenanzas que concedieron el auxilio, síguese que Villa nada recibió, porque la cesión que se le hizo carecía de materia,

de contenido, como que era inexistente la acreencia. Debe pues el Municipio al contratista, tres mil pesos valor del tercer contado y mil más correspondientes al segundo.

En cuanto a la petición tendiente a que sea condenado el Municipio al pago del valor de unas instalaciones privadas que se dice fueron contratadas por el Personero, se observa que no aparece comprobado este último contrato y que de existir, sería en todo caso independiente del que se ha estudiado, porque las relaciones contractuales nacidas de ese vínculo no las enumera en parte alguna el instrumento público que se ha venido viendo.

Por lo que hace al valor por herramientas, nada se demostró durante el término probatorio de las dos instancias. El cuaderno número 5 de este proceso, da cuenta del embargo preventivo llevado a cabo en este juicio sobre varias herramientas y otros bienes muebles de propiedad del contratista, luégo de quedar en firme y ejecutado el proveído de la Corte, tendrá el peticionario las acciones que la ley le brinda para recuperar lo embargado preventivamente; es improcedente reclamar, hoy por hoy, el valor de esas cosas embargadas. Por lo demás, subsistiendo aún obligaciones a cargo del contratista no puede accederse a lo solicitado en la petición séptima de la demanda principal.

Resolución.

En mérito de las consideraciones que acaban de exponerse, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el día diez y siete de abril de mil novecientos treinta y nueve, y, previa revocatoria de la pronunciada en primer grado por el Juez del Circuito del Guamo el cinco de julio de mil novecientos treinta y cinco, falla este pleito así:

1º El Municipio del Guamo, del Departamento del Tolima, debe al señor J. Alfonso Sánchez León por razón del contrato relacionado en la escritura pública número 99, de 14 de abril de 1932, de la Notaría del mismo lugar, la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) moneda corriente, y los intereses legales de esta suma a partir del día 7 de noviembre de 1933, fecha del decreto de caducidad, así: mil pesos ($ 1.000.00) saldo del segundo contado, y los tres mil pesos restantes ($ 3.000.00), valor total del último.

2º El contratista Alfonso Sánchez León debe al Municipio del Guamo, el valor de la represa que se obligó a construír al tenor de la cláusula primera del contrato indicado en el numeral anterior.

Parágrafo. Este valor será fijado en acuerdo con el procedimiento fijado por el artículo 553 del Código Judicial.

3º Hechas las compensaciones a que haya lugar como resultado del cumplimiento de las anteriores prestaciones, y si no quedare saldo a cargo del contratista o fuere cancelado por éste el deducido, los señores Presidente de la Junta de Luz y Personero Municipal del Guamo, procederán a cancelar la fianza hipotecaria de que habla la escritura número 712, de fecha 13 de julio de 1932, de la Notaría 3ª de Bogotá.

4º Se niegan las demás peticiones de las demandas principal y de reconvención, y en consecuencia se absuelve a las partes de los cargos allí formulados.

5º No se hace especial condenación en costas, ni en las instancias ni en el recurso.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNAS ACTUACIONES JUDICIALES Y DE RESTITUCION DE BIENES. — NULIDAD SUSTANTIVA Y NULIDAD ADJETIVA. — NULIDAD Y REVISION.

1.—Son sustancialmente distintos los conceptos de nulidad sustantiva y de nulidad adjetiva, así en su origen como en sus efectos. En las nulidades sustantivas va comprendido el concepto de la validez o nulidad del acto o contrato, considerado en sí mismo, y en las nulidades adjetivas tal concepto no entra en juego ni en nada se afectan tales actos o contratos considerados en su propia esencia, sino únicamente el procedimiento judicial encaminado a obtener su efectividad y que por la referida formalidad o irregularidad puede llegar a estar viciado. — Interpretando el artículo 473 del C. J. sostiene la Corte que son instituciones jurídicas distintas la nulidad procesal de una sentencia proferida en juicio especial, por irregularidades en la secuela, y su infirmación o reforma en juicio ordinario revisorio por violación manifiesta de un derecho sustantivo, no obstante que ambas cuestiones puedan proponerse y obtenerse, en aquellos casos en que la ley lo permite. El criterio científico es el de que para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el artículo 473 del C. J., un asunto o controversia que ya había sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la respectiva providencia judicial que decidió la controversia en juicio especial, ni tal declaratoria procede, porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que el llamado recurso de revisión plantea el estudio y examen de fondo de hechos generadores de derechos sustantivos o ventila en ocasiones el derecho mismo. — 3.—El artículo 1740 del C. C. se refiere exclusivamente a los actos o contratos civiles celebrados por los asociados, de su libre y espontánea voluntad, pero entre tales actos no quedan incluídas las sentencias judiciales. — 4.—Cuando se han llenado sobre una nulidad procesal las exigencias de los artículos 455 y 456 del C. J., en sus casos, no es posible nueva discusión sobre ella en otro juicio, al tenor del artículo 457 ibídem, sino cuando consiste en falta de citación o emplazamiento, o en indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de la nulidad del remate en un juicio, a que alude el inciso segundo del mismo precepto. Las causales que producen nulidad están taxativamente señaladas en el art. 448 del C. J., y deben ser solicitadas y declaradas en el mismo proceso donde se cometieron, salvo las excepciones que expresamente establece nuestra ley procesal. Para el juicio ejecutivo, fuera de las causales generales de nulidad del artículo 448, también producen nulidad las irregularidades consistentes en la falta de citación para sentencia de pregón y remate; en la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate y en el adelantarse la ejecución después de la muerte del deudor, sin la notificación de los títulos a los herederos (artículo 451 del C. J.). Irregularidades distintas no producen nulidad. Todas aquellas irregularidades deben ser alegadas y decididas en el mismo juicio, salvo la nulidad consistente en la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate, consagrada en el inciso 2º del art. 451, la que necesariamente debe alegarse en juicio distinto, por disponerlo así de manera especial el artículo 457. — 5.—En un juicio ordinario revisorio sólo es procedente suplicar la nulidad de un remate hecho en trámite especial, por ministerio de la justicia, por una de estas dos razones: porque el contrato de venta realizado en virtud de la subasta es nulo como acto civil,

por faltarle alguno de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad y estado de los contratantes; o porque se han omitido algunas de las formalidades previas señaladas por la ley procesal, tales como la fijación de carteles, señalamiento de día y las demás especialmente determinadas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Juicio ordinario.

Ante el Juzgado Primero del Circuito de Neiva adelantó César M. Díaz este juicio ordinario contra los señores Simón Díaz, Paulino A. Pascuas y Mario H. Díaz, suplicando "se hagan en vía de revisión o de rectificación, en su caso, por ese Juzgado y en la ejecución que don Simón Díaz me siguió ante el Juez Primero de ese Circuito, mediante la tramitación de un juicio civil de mayor cuantía y con relación a esa ejecución, las siguientes declaraciones; a) que están viciados de nulidad absoluta y son improcedentes el auto ejecutivo pronunciado en esa ejecución, para el pago de las obligaciones de 10 de octubre de 1919 y 13 de agosto de 1924; el auto de embargo pronunciado en esa misma ejecución; el auto que decide sobre las excepciones allí propuestas; los que resuelven o se niegan a resolver sobre las nulidades allí alegadas; el que resuelve sobre la articulación de pago; el que niega la nulidad sobre la cesión que de esos créditos hizo Simón Díaz a Paulino Pascuas y el auto que lo manda tener como cesionario; la sentencia de remate de los bienes trabados; la diligencia de avalúo; el auto de 11 de febrero de 1931 sustituyendo los peritos nombrados anteriormente; el auto de 21 de agosto del mismo año aprobando ese avalúo; la diligencia del remate de tales bienes y la sentencia que lo aprueba; y la nulidad de la entrega que de tales bienes se hizo a los rematadores Mario H. Díaz y Paulino A. Pascuas;

"b) Que se declaren extinguidas esas obligaciones por confusión y por pago efectivo;

"c) Que de conformidad con el artículo 1746 del C. C. se condene a los citados rematadores a restituír solidariamente los mismos derechos territoriales que me fueron rematados y las mismas porciones de terreno que tenía cultivadas por razón de esos derechos en las mismas comunidades;

"d) Que se condene también a los rematadores a restituír solidariamente el producto de tales bienes, desde la fecha en que les fueron entregados hasta aquella en que los restituyan;

"e) Que conforme a lo dispuesto en el artículo 1045 del C. J., se les condene a pagarme solidariamente la suma que conforme al avalúo de esos bienes debían consignar para ese remate como postores particulares.

En forma subsidiaria solicita igualmente estas declaraciones:

a) Que está rescindido y queda resuelto el contrato de compraventa celebrado en común por Paulino Pascuas y Mario H. Díaz en la diligencia de remate y sentencia que lo aprueba, dictada en la dicha ejecución;

b) Que por estar rescindido y resuelto ese contrato de compraventa se condene solidariamente a los demandados a entregarle los derechos que en cada una de esas comunidades le fueron rematados y los mismos lotes y mejoras que en cada uno de ellos tenía cultivados; y

c) Que se les condene solidariamente a pagarle los perjuicios causados en esos lotes y el producto que ha dejado de obtener por culpa de los demandados.

Surtido el trámite de primera instancia el Juez a quo la decidió en sentencia de 1º de octubre de 1938, en la cual decreta la nulidad de la diligencia de reavalúo de los bienes trabados en dicha ejecución; la nulidad de la diligencia de re-

mate; la de la sentencia aprobatoria de éste y la de las diligencias subsiguientes a este remate.

La sentencia acusada.

De ese proveído de primer grado apelaron tanto el demandante Díaz como el demandado Pascuas. Surtido el trámite de la alzada, pronunció sentencia de segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 23 de noviembre de 1939, en virtud de la cual revoca el fallo proferido por el Juez 1º del Circuito de Neiva.

Como argumento preliminar sostiene el Tribunal que el demandante Díaz confunde el concepto de nulidad sustantiva con el de nulidad adjetiva, que se origina por informalidades procedimentales subsanables dentro del mismo juicio en que tienen lugar y que no pueden ser objeto de revisión en juicio ordinario. También agrega que una cosa es la nulidad de un juicio ejecutivo y del remate como diligencia judicial y considerado por su aspecto judicial, y otra muy distinta la nulidad del remate como acto civil. Recuerda el Tribunal que la Corte Suprema ha resuelto este punto en varias ocasiones y ha sostenido invariablemente que el remate de bienes como acto civil no puede ser anulado por el solo hecho de que el juicio ejecutivo en el cual se verificó esté afectado de nulidad.

Después de hacer estas consideraciones de carácter general, entra el Tribunal a estudiar las numerosas nulidades cuya declaración se solicita por el actor y que sostiene fueron cometidas en el juicio ejecutivo que le adelantó Simón Díaz, en el mismo Juzgado. Al estudiar los comprobantes presentados por el actor llega el Tribunal a la conclusión de que muchas de esas informalidades procedimentales no están demostradas, y que otras son de tal naturaleza que no alcanzan a producir la nulidad de la actuación acusada, tanto más "cuanto que, como ya se dijo, las informalidades de carácter procedimental subsanables dentro del mismo juicio, no pueden ser materia de un juicio ordinario tendiente a obtener tal declaratoria".

Pero como el Juez de primer grado encontró demostrados algunos hechos, en virtud de los cuales declaró la nulidad de la diligencia de reavalúo de los bienes, de la diligencia de remate, de la sentencia aprobatoria de éste y de las diligencias subsiguientes al remate; y al estar comprobados tales hechos sí se violarían claros derechos del actor, hace el Tribunal un estudio separado y minucioso de los fundamentos de hecho y de derecho alegados para demostrar la nulidad de las susodichas diligencias judiciales, para concluír, después de un análisis minucioso y pormenorizado, que las irregularidades y omisiones alegadas contra el reavalúo de bienes, el remate y su aprobación carecen de todo fundamento y que el Juez de primer grado, al decretar la nulidad de esas diligencias, incurrió en error al apreciar los elementos probatorios presentados en este juicio.

El recurso de casación.

El actor se alza en casación contra la anterior sentencia, acusándola por estos motivos: primero de los señalados en el artículo 520 del C. J., esto es, por violación de ley sustantiva; por el tercero del mismo precepto legal, que hace consistir en notable incongruencia o contradicción entre sus deducciones y la parte resolutiva; y por la causal séptima de casación, que concreta diciendo que el Tribunal se abstuvo tácitamente de resolver en la sentencia acusada parte de las nulidades que como materia de este debate le fueron sometidas y que son de su competencia.

En relación con la causal primera, de esta manera resume sus alegaciones el recurrente:

A) **Nulidad del auto ejecutivo.** — Con relación al auto ejecutivo de 12 de diciembre de 1929 acusa la sentencia por violación directa del artículo 1553 del C. C. Funda esta causal en que dicho mandamiento de pago fue prematuro, por no haberse cumplido el plazo señalado en la obligación presentada como elemento de

recaudo, obligación que siendo suspensiva y condicional, sólo podía exigirse cuando se hubiera vencido el plazo o cumplido la condición, según los artículos 1551 y 1553 del C. C. También estima que incurrió el Tribunal en apreciación errónea en la prueba consistente en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que sirve de fundamento a la sentencia para desestimar la petición de nulidad de esa providencia, violándose por infracción directa el artículo 28 de Ley 100 de 1892, entonces vigente.

B) **Auto de embargo.**—Con relación al auto de embargo de 3 de octubre de 1928, por el cual se aplican los bienes embargados preventivamente al pago de la obligación cobrada ejecutivamente, acusa la sentencia por infracción directa de los artículos 2363, 665, 2409, 1714 y 1715 del C. C., 185 y 188 de la Ley 105 de 1890 y 1042 del antiguo Código Judicial. Funda esta causal en que habiendo denunciado bienes en el acto de ser notificado del mandamiento de pago y sustituído la fianza de saneamiento con una prenda, el Juez a quo no ha podido por la omisión de dicha fianza aplicar al pago los bienes embargados preventivamente, pues sólo tenía esa facultad después de haberse acreditado por medio de un incidente la insuficiencia o inexistencia de los créditos activos que denunció para el pago y a cargo del propio ejecutante. Apareciendo de autos que hay deuda recíproca entre el ejecutante y el ejecutado, se ha efectuado entre ellas una compensación que debía operar dentro del juicio siendo baldía la aplicación de los bienes embargados preventivamente al pago de la ejecución.

C) **Sentencia sobre excepciones.**—Acusa esta sentencia de 28 de agosto de 1928 por haberse incurrido en la causal 7ª del artículo 520 del C. J. La funda en ser ella violatoria, por infracción directa, de los artículos 470, 471 y 472 del C. J. por haberse omitido en esa providencia la resolución sobre los varios puntos sometidos en el incidente de excepciones, que eran de previo y especial pronunciamiento.

También la acusa por la causa primera de casación, estimándola como violatoria por infracción directa del artículo 205 de la Ley 105 de 1890, entonces vigente, y de los artículos 1830, 1714 y 1715 del C. C., 26 y 37 de la Constitución Nacional. Funda esta tacha en que la sentencia recurrida incurre en una contradicción de fondo en los elementos y consideraciones que la componen y los considerandos de la parte resolutiva de ella.

D) **Articulación de pago.**—Acusa la sentencia recurrida con relación al auto de 10 de septiembre de 1930, en virtud del cual se resuelve sobre la articulación de pago, por concurrir la causal 7ª de casación. La funda en que habiendo promovido articulación de pago en la misma ejecución con obligaciones distintas de las presentadas como compensación en el incidente de excepciones, la sentencia ha debido resolver previamente sobre la validez del auto de 10 de septiembre que la declaró no probada, siendo este auto violatorio de manera directa del artículo 1724 del C. C. Por otros conceptos estima igualmente que la sentencia es violatoria de los artículos 1625 del C. C. y 45 de la Constitución Nacional.

E) **Nulidades parciales.**—Acusa la sentencia por concurrir en ella las causales 1ª y 7ª de casación con relación a los varios pedimentos hechos en la misma ejecución y resueltos en autos de 28 de mayo, 1º de octubre de 1930 y 10 de junio de 1931, sobre nulidad de la misma ejecución. Estima violados los arts. 434 y 437 de la Ley 105 de 1890, 6º del C. C. y 26 de la Constitución Nacional.

F) **Diligencia de reavalúo.** —Acusa la sentencia con relación a la diligencia de reavalúo de bienes en la misma ejecución y funda esta tacha en que se desconoció el mérito probatorio de la copia presentada del auto de 27 de septiembre de 1930, en el cual se ordenó el reavalúo de bienes en dicha ejecución. Consiste esa mala apreciación en decir la sentencia que la copia presentada carece de autorización del Secretario y es en tal caso improcedente dicho cargo, porque al final del cuaderno se lee textualmente la nota suscrita por dicho funcionario.

G) **Aprobación del reavalúo.** — Tacha el fallo recurrido con relación al auto de 21 de agosto de 1931, que aprobó el reavalúo de los bienes trabados en la ejecución, por concurrir la causal 1ª de casación por infracción directa de los artículos 1857 y 1864 del C. C. La funda en que siendo de forzoso cumplimiento para el remate la fijación del precio, el Tribunal ha debido resolver sobre la validez de ese avalúo mediando las tachas que le fueron opuestas.

H) **Reconocimiento del cesionario.**—Alega esta tacha con relación al auto de 31 de mayo de 1933, en el cual se reconoció a Paulino Pascuas como cesionario de los créditos que en esa ejecución se cobraban. Se funda en que cuando Pascuas adquirió el crédito no era parte en el juicio ejecutivo y no podía reconocérsele como cesionario sin la formalidad del juramento exigida por el artículo 18 de la Ley 21 de 1931, y no podía exonerársele de esa formalidad que era un requisito legal y como tal imprescindible. Al omitirse ese requisito se violaron directamente el artículo 18 de la Ley 21 antes mencionada y el 1740 del C. C.

I) **Sentencia de remate.**—Funda esta causal en que la sentencia partió de un hecho erróneo al decir que Pascuas había litigado en el ejecutivo por medio de apoderado, pero nó en su propio nombre, desatendiendo así el memorial suscrito por aquél, en el cual pide se le tenga dentro de ese juicio como cesionario. También la acusa por partir la sentencia de un hecho erróneo dando pábulo a una apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, pues parte del supuesto de que se quiso hacer valer los créditos que fueron desconocidos en el incidente de excepciones, perdiendo así de vista los créditos que adeudaba el ejecutante y con los cuales había articulado sobre el pago. Estima la sentencia como violatoria de manera directa de los artículos 1502, 1511, y 1518 del C. C., 4º de la Ley 37 de 1932, 741 y 742 del C. C., 744 y 194 del C. J.

J) **Nulidad del remate de bienes.**—Acusa la sentencia con relación al remate y a la sentencia que lo aprueba, como violatoria por infracción directa de los artículos 1511, 1518, 1551 y 1553 del C. C. Alega que habiendo pedido en la ejecución que se prorrogara la suspensión del dicho remate en virtud del derecho concedido por el artículo 15 de la Ley 37 de 1933, y naciendo ese derecho por ministerio de la ley, el juez no podía restringirlo ni estaba sometido a su voluntad. Porque no estando ejecutoriado el auto que discernía a Pascuas el carácter de cesionario, no era admisible como acreedor por cuenta de ellos y mal podía exonerársele de las obligaciones impuestas a esas ventas forzadas.

Estudio de los cargos

Conviene, ante todo, reiterar la observación que expone el Tribunal en su sentencia, de que el actor y recurrente en casación confunde en su extenso libelo de demanda el concepto de nulidad sustantiva que mira a los actos y declaraciones de la voluntad, en cuanto éstos carezcan de algunos de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie o la calidad o estado de las partes; y el concepto de nulidad adjetiva que se refiere a irregularidades, omisiones o informalidades ocurridas en un proceso judicial. Es indispensable hacer la debida distinción entre esas dos diversas especies de nulidades, cuyos efectos jurídicos son tan distintos en su origen y en sus efectos, porque en las nulidades sustantivas va comprendido el concepto de la validez o nulidad del acto o contrato, considerado en sí mismo, y en las nulidades adjetivas tal concepto no entra en juego ni en nada se afectan tales actos o contratos considerados en su propia esencia, sino únicamente el procedimiento judicial encaminado a obtener su efectividad y que por la referida informalidad o irregularidad puede llegar a estar viciado.

Sentada la anterior doctrina, antes de entrar en la materia del recurso es procedente sentar los principios generales reguladores que pasan a exponerse:

1º El artículo 473 del C. J. dice: "La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y

hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

Al interpretar ese texto legal sostiene la Corte que son instituciones jurídicas distintas la nulidad procesal de una sentencia proferida en juicio especial, por irregularidades en la secuela, y su infirmación o reforma en juicio ordinario revisorio por violación manifiesta de un derecho sustantivo, no obstante que ambas cuestiones puedan proponerse y obtenerse, en aquellos casos en que la ley lo permite. El criterio científico es el de que para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el artículo 473 del C. J. un asunto o controversia que ya había sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la respectiva providencia judicial que decidió la controversia en juicio especial, ni tal declaratoria procede, porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que el llamado recurso de revisión plantea el estudio y examen de fondo de hechos generadores de derechos sustantivos o ventila en ocasiones el derecho mismo. Esto es así porque la nulidad ataca el acto judicial mismo, en tanto que la revisión a sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia; la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada resuelve sobre la obligación declarada en ésta, y la revisión fija y concreta esa obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella. Estas mismas ideas vienen expuestas para caso parecido en sentencia de casación de octubre 8 de 1937. (G. J., Tomo XLV, pág. 808).

2º Al prescribir el artículo 1740 del C. C. que es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las partes, se refiere exclusivamente a los actos o contratos civiles celebrados por los asociados, de su libre y espontánea voluntad, pero entre tales actos no quedan incluídas las sentencias judiciales.

3º Como regla general — y sin perjuicio de peculiaridades que en tal o cual caso determinen por excepción la inaplicabilidad del artículo 457 del C. J. — las nulidades procesales ocurridas en la secuela de un juicio deben proponerse y ventilarse dentro del mismo, ya por gestión de las partes; ampliamente autorizada por el artículo 456 de esa obra, ya por observación del juez, según el artículo 455, ibídem, sin que puedan dar materia a un juicio distinto. Por tanto, en habiéndose llenado sobre una nulidad procesal las exigencias de estos artículos 455 y 456, en sus casos, no es posible nueva discusión sobre ella en otro juicio, al tenor del artículo 457, sino cuando consiste en falta de citación o emplazamiento, o indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de la nulidad del remate en un juicio, a que alude el inciso segundo del mismo precepto.

Esta doctrina, invariablemente sostenida por la Corte, vino a quedar bien sistematizada en sentencia de casación de 8 de octubre de 1938, que dice: "Es cierto que de la interpretación de los textos legales pertinentes, como lo tiene establecido la jurisprudencia en repetidas decisiones, se deduce claramente que la nulidad de los juicios es cosa distinta de la nulidad de las sentencias, y que los vicios y defectos de procedimientos que afectan la validez de la actuación deben alegarse dentro de la secuela misma del juicio, porque no son materia de acciones separadas después de que terminan en la forma legal, lo mismo que es exacto que las causales que originan acción de nulidad contra las sentencias firmes proferidas en materia contenciosa están taxativamente reducidas en la ley a los casos previstos en los artículos 457 y 478 del C. J. La jurisprudencia que no acepta la procedencia de la acción ordinaria encaminada a invalidar una sentencia fuera de los casos legalmente pre-

vistos, se funda en el respeto a la autoridad de la cosa juzgada y a la conveniencia social de no hacer interminables los litigios, pero se refiere, como es natural y lógico, a sentencias firmes y ejecutoriadas que se han producido normalmente al final del curso completo del procedimiento adecuado..... La doctrina sigue siendo acertada para los casos en que se hayan usado y agotado los trámites y procedimientos legales y se haya dado lugar, en su caso, a las dos instancias o grados con sus correspondientes sentencias, aunque se haya incurrido en vicios de competencia, sólo alegables dentro del juicio mismo". (G. J. Tomo XLV, págs. 261 y 262).

4º Las causales que producen nulidad en todos los procedimientos judiciales y a que se alude en el punto anterior están taxativamente señaladas en el artículo 448 del C. J., con las limitaciones y condiciones que restringen su aplicación y que determinan los artículos 449 y 450, ibídem. Pero se repite que tales nulidades deben ser solicitadas y declaradas en el mismo proceso donde se cometieron, salvo las excepciones que expresamente establece nuestra ley procesal.

5º Para el juicio ejecutivo — y éste es el caso de autos — fuera de las causales generales del artículo 448 también producen nulidad las irregularidades consistentes en la falta de citación para sentencia de pregón y remate; en la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate y en el adelantarse la ejecución después de la muerte del deudor, sin la notificación de los títulos a los herederos (artículo 451 del C. J.) Cualesquiera irregularidades u omisiones distintas de las ya señaladas no constituyen motivo de nulidad. Pero se advierte especialmente que todas esas irregularidades que puedan haberse cometido en juicio ejecutivo deben ser alegadas y decididas en el mismo juicio, salvo la nulidad consistente en la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate, consagrada en el inciso 2º del artículo 451, la que necesariamente debe alegarse en juicio distinto, por así disponerlo de manera especial el artículo 457 del C. J.

6º Otra peculiaridad consagrada por nuestro derecho procesal para los juicios ejecutivos es que la sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada y pueden revisarse por la vía ordinaria. En tal caso sí viene a ser materia directa del nuevo debate abierto la providencia judicial acusada, y el actor deberá demostrar que fue conculcado su derecho sustantivo en la vía especial ejecutiva, presentando los elementos que evidencien tal aseveración (artículo 1030, C. J.).

Presentadas las anteriores premisas generales, que vienen a ilustrar la decisión que deba adoptarse en casación, es pertinente entrar a estudiar el negocio de este pleito, con vista de los cargos alegados por el recurrente, a saber:

A) Participa la Corte del concepto fielmente expresado en la sentencia que se revisa, de que estudiados detenidamente algunos de los hechos que sirven de fundamento a la acción y los elementos probatorios exhibidos respecto de éstos, se llega a la conclusión de que la mayor parte de tales tachas de nulidad se refieren a informalidades procesales que el actor dice que se cometieron en el juicio ejecutivo que le siguió Simón Díaz; pero al estudiar el haz probatorio se acaba por concluír que muchas de esas informalidades procesales no están demostradas, y otras son de tal naturaleza que no alcanzan a producir nulidad de la actuación acusada, ni son alegables en juicios revisorios.

De allí que hicieron bien los juzgadores de ambas instancias al desestimarlas por carecer de fundamento, o no tener operancia suficiente para invalidar la secuela. Fuera de lo dicho, los cargos presentados en casación y que se hacen consistir en **"nulidad del auto de embargo, nulidad del auto ejecutivo, de la articulación de pago, reconocimiento al cesionario, nulidades parciales, y nulidades generales en el jui-**

cio", ya viene dicho que serían en todo caso irregularidades procesales que, en caso de haberse demostrado suficientemente, hubieran dado base para solicitar la nulidad de esas actuaciones en el mismo juicio ejecutivo donde pretende el recurrente que se perpetraron, pero que no tienen oportunidad y viabilidad en un juicio ordinario que el mismo actor califica en el libelo de revisorio; y bien sabido es que el juicio ordinario revisorio sólo puede fundamentarse en las causales taxativamente señaladas en el artículo 542 del C. J.

Por esa circunstancia y con estricta aplicación de los preceptos de procedimiento reguladores, es el caso de desestimar los cargos antes mencionados, que no pueden tener incidencia en casación y que con razón fueron rechazados por el Tribunal como insuficientes para pedir la revisión o para abrir nuevo debate sobre nulidades procesales en juicio ordinario. Así se resuelve por la Corte, con vista de las consideraciones expuestas.

B) **Sentencia sobre excepciones.**—Sí es pertinente este cargo desde un punto de vista meramente procesal, ya que se trata de revisar la sentencia proferida en el incidente de excepciones y tal materia sí es susceptible de controvertirse en juicio ordinario, al tenor del artículo 1030 del C. J.

Pero no resultan fundados ninguno de los numerosos cargos formulados por el recurrente contra la sentencia del Tribunal, en lo referente a la apreciación que se hizo de la validez y firmeza del fallo que calificó las excepciones propuestas en el ejecutivo, porque si bien es cierto que el Tribunal no se detuvo a espacio a dilucidar sobre los hechos fundamentales alegados en el libelo para pedir la nulidad de esa providencia, tampoco los pasó por alto ni se abstuvo de considerarlos en la sentencia recurrida. Por este aspecto es inocuo el cargo de haberse incurrido en el motivo séptimo del art 520 del C. J.

En lo relativo a las demás tachas de nulidad contra la validez de ese proveído, ninguna de ellas vienen demostradas en el juicio, puesto que todas las excepciones propuestas fueron decididas en su fondo, exponiéndose en la decisión pertinente del ejecutivo las razones en que se fundó el juez del conocimiento. Si declaró probadas tales excepciones, quiso con ello decir que eran improcedentes y que no fueron demostradas. Por lo demás, la sentencia de excepciones reúne todos los requisitos de fondo que la hacen invulnerable en un recurso revisorio seguido en juicio ordinario, dado que decidió sobre los medios liberatorios alegados en su oportunidad, tomando en cuenta los elementos probatorios presentados. De haber existido alguna irregularidad procesal, como la que pretende el recurrente, consistente en no haberse notificado la sentencia de excepciones en edicto fijado por treinta días, se repite que en tal caso se trataría de una irregularidad procesal que debió alegarse en el mismo juicio y no en juicio ordinario revisorio que no admite esta aplicación extensiva.

Con fundamento en lo expuesto se rechaza este cargo.

C) **Nulidad del remate de bienes.**—Hace consistir esta tacha el recurrente en que se omitieron algunas formalidades esenciales prescritas para hacer el remate de los bienes trabados en la ejecución, causal de nulidad a que alude el inciso 2º del artículo 451 del C. J. La sentencia acusada se negó a decretar esta nulidad fundándose en que no aparecían demostradas ninguna de las irregularidades o informalidades alegadas por el actor.

Sostiene el recurrente, en primer término, que son nulos la diligencia de reavalúo de los bienes y el auto de 21 de agosto de 1931 que lo aprobó, porque tal experticio se realizó por peritos indebidamente nombrados, dejándose de hacer por aquellos que en primer lugar fueron designados para surtir esa diligencia, y sin que fueran sustituídos en forma legal. Más adelante agrega que es nula la diligencia de remate y su auto aprobatorio, por esa misma circunstancia y por haberse admitido como postor a Paulino Pascuas, cesionario de los créditos perse-

guidos en el juicio, sin que se diera cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 1718 del C. C. y como tal prestara el juramento que exige el artículo 18 de la Ley 21 de 1931, reglamentaria de la profesión de abogado.

La Corte considera:

Ninguno de estos hechos está erigido en causal de nulidad en alguno de los dos grupos que para éstas han de tenerse en cuenta en este juicio, a saber: las generales en todos los pleitos y las especiales adicionales para el ejecutivo, cuyos respectivos elencos se hallan en los citados artículos 448 y 451 del C. J. Al efecto, en un juicio ordinario revisorio sólo es procedente suplicar la nulidad de un remate hecho en trámite especial, por ministerio de la justicia, por una de estas dos razones: porque el contrato de venta realizado en virtud de la subasta es nulo como acto civil, por faltarle alguno de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad y estado de los contratantes; o porque se han omitido algunas de las formalidades previas señaladas por la ley procesal, tales como la fijación de carteles, señalamiento de día y las demás especialmente determinadas. Como ninguna de estas circunstancias o factores son los que alega el actor y recurrente para pedir la nulidad del remate, se impone la declaración de que no inciden tales tachas en casación.

Fallo:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el día 23 de noviembre de 1939.

Sin costas por estar el recurrente amparado de pobreza.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Juan de Dios Mosquera instauró demanda ordinaria contra la Orden Tercera Franciscana para el pago de que se hablará adelante y la Orden lo contrademandó por perjuicios como también adelante se detallará. El juicio doble tuvo su primera instancia en el Juzgado 4º Civil de este Circuito, cerrada en fallo de 25 de septiembre de 1936 que absolvió a Mosquera de los cargos de la reconvención y condenó a la Orden a pagarle, no la cantidad precisa demandada por él, sino la que se fijara en la ejecución de la sentencia. Apelada ésta por ambas partes, previa la tramitación del caso, el Tribunal Superior pronunció la de segunda instancia el 30 de septiembre de 1938 que insiste en la absolución de Mosquera por la demanda de reconvención y condena a la Orden a pagarle el principal e intereses señalados por éste en su libelo y las costas de ambas instancias. Por medio de su apoderado la Orden interpuso y fundó el recurso de casación que, preparado debidamente, aquí se decide.

Antecedentes.

La Orden había vendido el 23 de noviembre de 1928 al señor George Touchet dos casas de esta ciudad que en la misma escritura de compraventa él le hipotecó para asegurarle la parte del precio que quedó debiéndole, y para el cobro judicial de este crédito, la Orden contrató con Mosquera en forma que por la gestión y los gastos que éste asumió ella le pagaría $ 5.000. Adelantado el juicio sobre venta de la cosa hipotecada con éxito, aunque con lentitud, vino a terminar desfavorablemente para la Orden porque el Tribunal encontró que no se había comprobado su personería. Mosquera había dirigido la actuación y los memoriales los había escrito el Síndico de la Orden. A raíz de ese fracaso, volvió Mosquera a la carga renovando la demanda sobre venta de la cosa hipotecada y adelantando esta actuación con intervención del abogado Rómulo Guillén Arango.

Así las cosas, hubo una reunión del personal superior de la Orden y Mosquera en que se reclamó por el contrato con éste celebrado sin la autorización del Discretorio y por la ineficacia de los largos años de gestiones de cobro judicial y en que Mosquera en presencia de dicho personal destruyó el documento respectivo, después de lo cual firmaron las partes el 1º de febrero de 1933 que ambas declaran ser igual a aquél, salvo que los $ 5.000 se redujeron a $ 2.500. Además, este documento de 1º de febrero contiene el nombre de dicho doctor Guillén como abogado litigante que, como tal, también lo suscribe.

Seguía entre tanto cursando la referida actuación judicial, en forma sobre la cual, así como sobre la terminación de aquella, las afirmaciones categóricas de la orden se hallan claramente expuestas entre los hechos fundamentales de su contrademanda en estos términos:

"21º En vista de la muy deficiente y errónea dirección del negocio y del abandono en que lo tenía el señor Mosquera, el Discretorio hubo de dirigirse en carta de 13 de octubre de 1933 al doctor Rómulo Guillén Arango ofreciéndole la suma de doscientos pesos a fin de que se apersonara del asunto y lo activara, oferta que fue aceptada por el citado doctor el mismo día.

"22º Habiendo transcurrido tres años sin que se hubiera logrado siquiera el secuestro de la finca, el Discretorio por conducto del suscrito Síndico hizo todas las gestiones encaminadas a obtener una transacción con el señor Touchet, y ella se realizó; pero la Orden tuvo que sacrificar, además del 30 por 100 del capital e intereses que se vio precisada a rebajar y de la reducción de los intereses del resto al 6 por 100 anual, según las leyes de deuda, la suma de $ 12.646.40, pues el crédito con intereses al 6 por 100 y costas, ya reducido al 30 por 100, ascendía en enero de 1934 a más de $ 72.646.40, y tuvo que limitarse a recibir la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000), sacrificando la diferencia.

"23º El arreglo o transacción consta en escritura número 120 de 18 de enero de 1934, de la Notaría 4ª de Bogotá, y en dicho arreglo no intervino ni el señor Mosquera ni el doctor Guillén, ni ningún otro abogado".

Por estos $ 12.646.40, "o a la suma que resultare de las pruebas" como valor de los perjuicios ocasionados a la Orden por la desacertada y morosa dirección del juicio de venta y por el abandono en que tuvo dicho negocio Mosquera, es por lo que ella lo demanda en su reconvención, con más los intereses legales de la suma que resulte y las costas del pleito.

Mosquera inició este pleito aduciendo el documento citado, por $ 2.300, saldo insoluto de los dichos $ 2.500, con intereses.

La sentencia recurrida.

El Tribunal condena a la Orden al pago tal como lo demanda Mosquera, desechando la excepción de incumplimiento por éste del contrato opuesta por aquélla y para esto, así como para negar lo que la Orden pide en su contrademanda, se funda el Tribunal cardinalmente en estas reflexiones: la morosidad y errores de Mosquera de que se queja la Orden no ocurrieron sino en la primera de las actuaciones judiciales referidas, la segunda de las cuales no admite esos cargos, tanto en vista de las copias respectivas traídas a este proceso, como en atención a la expresa declaración que en este sentido hacen los peritos llamados aquí a dictaminar sobre ello; y de lo que sucedió en aquella primera actuación no es dado a la Orden reclamar después de su documento de 1º de febrero de 1933, porque lo acontecido al tenor de éste y su mismo otorgamiento implica que todo lo anterior quedó remitido y borrado.

El recurso.

La demanda de casación formula contra el fallo del Tribunal los siguientes cargos:

I. Infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1740, 1741, 1518, 1523, y 1524 del C. C.; 1º y 12 de la ley 62 de 1928, 15 y 18 de la ley 21 de 1931, relativas ambas a reglamentación de la profesión de abogado. Sostiene que por no ser el demandante Mosquera abogado titulado e inscrito, es nulo por ilícito su contrato y que, por lo mismo, el Tribunal quebrantó estas disposiciones decretando una prestación para cuya existencia misma y validez legal era indispensable la validez del contrato de donde el demandante la derive.

II. Violación directa e interpretación errónea de los artículos 6º, 15 y 16 del C. C., en relación con los artículos 1º y 12 de la ley 62 de 1928. Sostiene que la prohibición a los funcionarios de admitir apoderados no inscritos no es al respecto la única consecuencia de la reglamentación de la abogacía, la que también lleva consigo la consiguiente prohibición a los particulares, y el Tribunal la puso de lado dejando además de reconocer que el orden público, el interés social están de por medio.

III. Violación de los artículos 63, 1604, 1620, 1624, 2144, 2155 y 2184 del C. C. Consiste el cargo en que el Tribunal decreta el pago en favor del mandatario a pesar de habérsele probado culpa, contra la salvedad que hace el último artículo citado, y a pesar de que el documento de

contrato contiene expresa declaración de la responsabilidad de Mosquera por la buena dirección del juicio sin demoras imputables a su parte.

IV. Violación de las mismas disposiciones citadas en el cargo anterior por errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, "originadas en errores de hecho y de derecho". Deriva este cargo de que el Tribunal estima las gestiones de Mosquera separadas en dos épocas del todo distintas por el documento aducido como base del juicio, en forma que la primera época, o sea, la de todo lo anterior a ese documento (1º de febrero de 1933), es desatendida por el Tribunal como extraña al litigio, en el concepto de que éste versa sólo sobre la segunda época, es decir, a partir del documento.

V. Violación de los artículos 1602, 1618, 1620, 1624 y 2469 del C. C. Este cargo se concreta en que no hubo transacción con el deudor de la Orden, sino renuncia de ésta a su derecho, y en que se interpretó mal y se dejó de cumplir la cláusula del contrato conforme a la cual la Orden debía acabar de pagar a Mosquera sus honorarios cuando estuviera satisfecho ese crédito por su pago total. Sostiene que no habiendo habido pago total por la considerable rebaja que tuvo que hacer la Orden renunciando a su indiscutible derecho, no puede entenderse obligada a pagar esos honorarios.

Se considera:

I. Aparece del documento claramente que Mosquera hizo presente a la Orden la circunstancia de tener que valerse él de otra persona como abogado que litigase y claro también aparece de autos que así, sobre ese pie, fue como la Orden contrató sobre secuela del juicio contra su deudor y pago de $ 2.500 a Mosquera por sus gestiones y gastos, con expresa inclusión de los honorarios que hubiera de pagar a ese tercero de que se valiese.

Estos hechos, de un lado, y de otro, el ser incuestionable que cualquiera puede lícitamente contratar en esa forma, son elementos suficientes para desechar el concepto de ilicitud sobre el cual levanta el recurrente su cargo primero.

Una cosa es que Mosquera, por no ser abogado diplomado e inscrito, no pudiera litigar como apoderado de la Orden, y otra cosa muy distinta es que no pudiera contratar con ella como contrató en la mira de incoar, adelantar y llevar a su completa terminación el cobro judicial de un crédito, con advertencia, al contratar, de que al valerse de un tercero como abogado, el costo de éste sería de Mosquera.

II. Lo dicho respecto de ese cargo primero, hace ver también lo inaceptable del segundo. Es verdad que al reglamentar la ley la profesión de abogado como lo hizo, no pueden los que no lo son ejercer las correspondientes actividades en la forma que correspondió en su tiempo al artículo 44 de la Constitución de 1886, cual si aquella reglamentación no existiese y cual si este precepto de la Carta no hubiese sido reformado como lo fue por el Acto Legislativo número 1º de 1932, en que esa reglamentación se fundó o que la hizo posible.

Pero la actuación de Mosquera no se apartó de ésta, porque no fue él el abogado que como apoderado judicial (C. J., artículo 251), llevó la representación de la Orden ante los Jueces, sino que se limitó a contratar para que esta actuación se llevase, sin ocultar, sino antes bien declarando desde luego, la intervención de otra persona como litigante, al punto de proveer en su documento al efecto y, aún más, haciendo concurrir a firmar éste al abogado de que, cuando éste se firmó por ellos y por el representante de la Orden, bien sabía ella que era el abogado que ya litigaba y que iba a seguir litigando en el nuevo juicio.

III. Este cargo versa sobre la culpa que la Orden ve en la conducta de Mosquera por los errores, morosidad y abandono de que, como ya se vio, lo hace responsable, desde la contrademanda, según rezan los puntos de ésta que atrás se trascribieron.

El recurrente estima confirmados es-

tos conceptos suyos con el dictamen de los peritos y con las piezas de las referidas actuaciones de que obra copia en este expediente, elementos probatorios todos éstos cuya errónea apreciación constituye otro cargo que adelante se estudia. El que se está analizando, que es el de violación de las varias disposiciones ya enumeradas, se refiere a la culpa y a las consecuencias de ella, ya para justificar la demanda de indemnización por perjuicios, ya para negar el pago de la remuneración.

El recurrente censura por infundada la división que el Tribunal hace de las relaciones entre la Orden y Mosquera en dos épocas separadas por el documento de 1º de febrero de 1933. Aquél no ve en todo ello sino un solo contrato y una época continua, sin más alteración que la antedicha rebaja de $ 5.000 a $ 2.500, y ataca aquella división principalmente por que de ella deriva el Tribunal la desaparición, por virtud de lo sucedido ese 1º de febrero, de todo lo anterior, entre lo cual figuran los errores y abandono de Mosquera que, como ya se vio, aduce la Orden para fundar su demanda por perjuicios y su negativa al pago de la remuneración.

De esa separación en dos épocas con esta consecuencia de impedir que se reconozca esa culpa, deduce la Orden el cargo que se está analizando de violación de disposiciones legales sobre culpa y sus efectos en un caso como el presente, y para ello principalmente se funda en mala apreciación del documento.

El concepto del Tribunal sobre que hubo dos épocas, acerca de lo cual se detendrá adelante el presente fallo, no es susceptible del cargo de error de derecho o de error de hecho que en los autos aparezca del modo manifiesto requerido para que este cargo sea procedente según el numeral 1º del artículo 520 del C. J. Basta considerar en este sentido que incuestionablemente hubo dos juicios para el referido cobro judicial del crédito de la Orden a cargo de Touchet y que como se verá estudiando el cargo siguiente, hubo completa diferencia entre los dos en lo tocante a actividad y a acierto, porque éstos faltaron en el primero pero no en el segundo.

Lo cardinal de los reparos del recurrente sobre este tema se halla en que, según él, no conteniendo el documento de 1º de febrero declaración alguna de prescindencia por la orden de sus reclamos contra Mosquera por su conducta en el primer juicio de cobro, yerra el Tribunal al dar por borrado o remitido lo atañedero a ese tiempo anterior y a las acciones consiguientes de la Orden contra Mosquera.

Según ella, si el juicio inicial contra Touchet se hubiera seguido con acierto y acucia, habría terminado con el pago del total de la deuda mucho antes de las leyes y decretos sobre rebaja de deudas; de manera que fue Mosquera con su abandono y errores quien hizo o dejó trascurrir un lapso de años que dio campo a que se crease esa nueva situación que, obligando a la Orden a fuerte rebaja de intereses y aun de principal, la hiciese perder una suma cuantiosa que, según los cálculos del recurrente pasa de $ 60.000, por lo cual la fijación dada en la contra-demanda es apenas una pequeña parte del perjuicio sufrido.

Mosquera, a más de negar que incurriese en la negligencia y yerros de que la Orden lo acusa y que por acto u omisión de él ella se perjudicase, alega que no hubo tal perjuicio, porque él como comisionista había logrado para la Orden un precio muy ventajoso en la venta a Touchet por más de $ 170.000, de los cuales él quedó debiendo los $ 86.000 y pico del referido crédito, lo que significa que la Orden recibió al contado $ 84,000, y si después por las rebajas no recibió sino $ 60.000 en su transacción con Touchet, resultó vendiendo por mucho más de 140.000 pesos lo que no valía sino $ 70.000, a juzgar por el precio en que tuvo que vender Touchet para pagarle los $ 60.000 de la transacción.

Como se ve, los puntos de vista de los dos litigantes son muy distintos, porque

la Orden se coloca dentro de su escritura de venta con hipoteca y dentro del supuesto de un cobro activo que, según ella, habría determinado el pago del total, y Mosquera confronta los dos precios antedichos de venta de las mismas casas en fechas que si no muy distantes entre sí, sí marcaron profundos cambios en el mercado. Esa época es la trascurrida de noviembre de 1928 en que la Orden vendió a Touchet y enero de 1934 en que éste vendió para acabar de pagar a la Orden.

Se ha entrado en estos detalles en vía de información y para aprehender mejor la presentación que del caso hacen los litigantes; pero reconociendo que, cualesquiera que esos detalles sean y cualquiera que sea el lado a donde la realidad incline y refrende las respectivas afirmaciones y conjeturas, el problema jurídico es independiente de aquél, puesto que lo procedente en el litigio y, ante todo, en el recurso y, dentro de éste, en el cargo que se está analizando, es si el Tribunal violó o no las disposiciones sustantivas a que este cargo se refiere por exonerar indebidamente a Mosquera de una culpa demostrada en el proceso.

Como ya se dijo, la censura a la conducta de Mosquera no se justifica sino en lo tocante al primero de los citados juicios, y el Tribunal reputa cerrado o borrado o perdonado lo concerniente a esa actuación con lo acontecido para el 1º de febrero de 1933 y testificado en el citado documento de este día. Y es en esta opinión del Tribunal donde el recurrente halla el cargo que se estudia.

Esa opinión la halla acertada la Corte. El fracaso del primer juicio y el haber trascurrido varios años de esfuerzo y gasto sin ninguna eficacia, eran hechos sabidos por la Orden cuando para esa fecha se entendió con el mismo Mosquera para el mismo cobro judicial sobre el mismo pie, y así las cosas, el hecho mismo de contratar con tales antecedentes y sobre esas bases y para esa finalidad con la misma persona a cuyos errores, morosidad y abandono se había debido el fracaso, implica lógicamente la prescindencia o remisión por la Orden de todo reclamo en razón del anterior insuceso, máxime si se paran mientes en que la remuneración de Mosquera se redujo en $ 2.500. Pudiera pensarse que así pagaba él el fracaso de la primera actuación. Esta suposición puede o no ser exacta. Lo que sí es incuestionable es que, legalmente considerado este hecho, es forzoso pensar que la rebaja tuvo una causa. Sea o no la que acaba de sugerirse, volviendo a lo antedicho, se tiene que la Orden suscribió dicho 1º de febrero estipulación que obliga a dar por sentada su prescindencia o remisión referida, por más que el documento no contenga al respecto una declaración expresa.

Se rechaza, pues, el cargo.

IV. El estudio de este cargo queda adelantado con el del precedente, en fuerza de la estrecha conexión que hay entre los dos.

Las pruebas erróneamente apreciadas al decir del recurrente son el documento de que se ha venido hablando, las posiciones absueltas por Mosquera, las copias que a este proceso han venido traídas de las citadas actuaciones sobre cobro a Touchet y los dictámenes periciales obtenidos como prueba en el presente juicio.

Sobre el documento queda visto cuán justificado está el concepto del Tribunal sobre que hubo dos épocas separadas por aquél. Más todavía, salta a la vista el hecho de que hubo dos juicios para el dicho cobro, y con esto basta para rechazar el cargo de error en la apreciación de esa prueba, porque, como tántas veces se ha dicho aquí, fue en el primer juicio y no en el segundo donde ocurrieron los hechos y omisiones de Mosquera de que se queja su contraparte, y como el cargo consiste en que se formen dos épocas de lo que al decir del recurrente es una sola, la acusación es inoperante, puesto que, aunque por vía de hipótesis se acompañara al recurrente en esta apreciación, seguiría sin embargo en pie el hecho de haber habido aquellas dos actuaciones.

Los demás reclamos sobre apreciación

del documneto por el Tribunal quedan ya estudiados.

Las posiciones referidas las halla el recurrente mal apreciadas por el Tribunal, porque absuelve a Mosquera no obstante confesar en ellas que el documento que destruyó era igual al de 1º de febrero, sin más diferencia sustancial que la rebaja de $ 5.000 a $ 2.500, y que no gestionó personalmente sino por medio de otra persona. Estas son, resumidas, las respuestas que el recurrente trascribe de las posiciones de Mosquera al formular el cargo en estudio.

Bien se ve que de ninguna de estas respuestas o confesiones se deduce nada que signifique que la absolución pronunciada en la sentencia contenga o determine error en apreciarlas. La igualdad, así fuese identidad, entre los dos documentos, no conduciría a condenación, y la falta de gestión personal, tampoco, según se vio al estudiar los cargos I y II.

El cargo de error en la apreciación de los dictámenes periciales y de las copias de las actuaciones de cobro lo hace consistir el recurrente en que esas pruebas acreditan los errores y morosidad de Mosquera y, a pesar de éstos y de la consiguiente culpa, el Tribunal ordena pagarle el saldo de su remuneración y lo absuelve de indemnizar perjuicios. Tampoco es aceptable. Las copias de suyo y los peritos en su dictamen hacen ver que los errores y morosidad de Mosquera ocurrieron en la primera actuación, no en la segunda. Sobre que fue acertada y diligente la conducción de ésta, es categórica la afirmación de los peritos. No fue que el Tribunal dejara de considerar debidamente estos elementos probatorios, sino que guardó estricta consecuencia con su concepto, aquí estudiado ya, sobre separación en las referidas dos épocas; más aún, le bastó distinguir entre esas dos actuaciones de cobro. Porque, repítese, aun desconociendo que hubo dos contratos, el primitivo y el de 1º de febrero y aun desconociendo que éste cerrara una época y abriera otra, ello es que hubo dos juicios de cobro y que la conducta de Mosquera está libre, en el segundo, de los reparos a que dio motivo el primero.

Así las cosas y significando todo lo que significa el hecho de contratar la Orden como contrató, para lo que contrató y con quien contrató el 1º de febrero, según se ha visto, esa diferencia de conducta de Mosquera en aquellos dos juicios de cobro tenía que ser base de concepto para el Tribunal y figurar como elemento de lo que decidió en su sentencia sobre demanda y contrademanda.

V. Este otro cargo es también inadmisible.

El recurrente sostiene que no se llegó la oportunidad de pagar a Mosquera lo pendiente de los $ 2.500, porque tal oportunidad el contrato la fija por la del pago total de Touchet a la Orden, y ésta, habiendo tenido que rebajar, no fue pagada íntegramente.

Pero la cláusula 5ª del documento compromete a la Orden a ese pago, relacionándola en verdad con la extinción total de la deuda y detallando esta extinción en los posibles modos de sobrevenir, así, según el texto de aquél: "bien por pago que haga el señor Touchet en forma aceptada por la Orden, bien por la venta en pública subasta de la finca hipotecada, bien por transacción a que pueda llegarse".

Habiendo ocurrido esto último, no cabe afirmar que no se haya llegado la oportunidad de hacer ese pago a Mosquera porque la Orden hiciera la mencionada rebaja. No sobra recordar que la Orden transigió con Touchet sin intervención de Mosquera, ni de Guillén, ni de ningún otro abogado, según expresa afirmación de ella en el hecho 23º de su contrademanda aquí trascrita.

Agrega el recurrente por otra parte, como confirmación de su concepto de que la oportunidad de pagar a Mosquera no se ha llegado, que no hubo transacción y que el Tribunal violó el artículo 2469 del C. C. al hallarla, porque la Orden renunció a un derecho que no se le disputaba cuando concedió a Touchet la rebaja a que se está aludiendo, por lo cual el caso

no es el del inciso 1º de ese artículo 2469, que define la transacción, sino el de su inciso 2º, que advierte cómo no lo es el acto que sólo consiste en renuncia de un derecho de esa clase.

Este cargo es inaceptable también. La interpretación del recurrente al paso dado por la Orden para poner fin a sus diferencias y pleito con Touchet, está reñida con la realidad de la situación legal y económica del país y de ese negocio para cuando se dio ese paso. Es verdad que el pleito no versaba sobre la existencia de la deuda o sobre haberse estipulado sobre su monto y sus accesorios lo que se estipuló en la citada compraventa de que la deuda procedía; pero no es menos cierto que ante las disposiciones legales y decretales vigentes cuando se hizo ese arreglo final, éste constituye una verdadera transacción, de las innúmeras que para entonces se celebraron entre acreedores y deudores, ya que esas disposiciones no permiten reputar indisputable el derecho de los acreedores en lo tocante a las rebajas respectivas.

Esos arreglos, pues, tienen todas las características de lo que el citado inciso 1º entiende por transacción. Así se ve que el señor abogado que ahora le niega esta calidad, acertó al reconocérsela desde la contrademanda.

Al final de su alegato en casación declara extender sus mismos cargos a la parte de la sentencia que absuelve a Mosquera de la contrademanda. Rechazados ellos como queda visto, no hay lugar a considerarlos separadamente en relación con ella, siendo así que en el análisis de cada uno de tales cargos se ha tomado en cuenta lo relativo a una y otra de las demandas principal y de reconvención.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

Son de cargo del recurrente las costas del recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCIONES SOBRE DERECHOS A UNA HERENCIA Y REIVINDICATORIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Debidamente preparado, se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Aurelio Caro A. e Ismael de J. Olarte contra el Municipio de Villeta sobre la herencia de Prudencio Cortés.

Los antecedentes pertinentes son:

El 19 de mayo de 1862 fue bautizado Cortés en Puente Nacional con el nombre de Prudenciano.

El 10 de diciembre de 1874 otorgó allí testamento abierto la señora Dolores Cortés viuda de Angulo y en él declara que Prudencio es su hijo natural, le asigna bienes y provee a su guarda, no sin haber mencionado antes sus hijos legítimos. entre ellos Dolores y Rosario, nacidos en su matrimonio con el señor Alejo Angulo.

Prudencio o Prudenciano Cortés murió intestado en Villeta el 2 de septiembre de 1925.

Este Municipio, sobre la base de que Cortés no tenía ningún otro heredero, pidió y obtuvo declaración de tal y siguió el juicio mortuorio, que quedó protocolado en la Notaría de allí por instrumento número 124 el 20 de agosto de 1929.

Los bienes inventariados, adjudicados en esa causa al Municipio heredero, son: a) Dos títulos de depósito en el Banco de Bogotá por $ 1.000 cada uno; b) Un crédito por $ 1.000 en mutuo con interés a cargo de Víctor M. Suárez; c) Veinte acciones de la Compañía de la Mutualidad de Bucaramanga; d) Otra acción de la misma en poder de tercero; e) $ 255, también en manos de tercero; e) Un baúl con libros; g) Dos máquinas d escribir; y h) Un crédito litigioso a favor de Cortés y a cargo de Joaquín E. Muñoz según posiciones absueltas por éste.

Por escritura número 104, otorgada ante el Notario de Puente Nacional el 19 de mayo de 1928, las señoras María del Rosario y Dolores Angulo Cortés, trasfirieron "a Ismael de J. Olarte, a título de venta, la mitad del derecho y acción hereditario que tienen y les corresponde en la sucesión de Prudencio o Prudenciano Cortés, en su calidad de hermanas de éste, según la ley y en toda clase de bienes, excepto cualquier crédito o acción que pudiere haber en contra del señor Aurelio Caro A."

Por escritura número 381 de esa Notaría, el 15 de noviembre de 1930 las mismas Dolores y María del Rosario Angulo Cortés trasfirieron "a título de venta a favor del señor Aurelio Caro la mitad del derecho por muerte del señor Prudencio Cortés, sucesión liquidada según la cartilla de hijuela número 124 de veinte de agosto próximo pasado. . . ."

En libelo de demanda fechado en Vélez el 9 de noviembre de 1935 y recibido en Facatativá el 23 de enero de 1936, piden Caro y Olarte que con citación y audiencia del Municipio de Villeta se declare: que dichas señoras Angulo Cortés son herederas de Prudencio Cortés como sus hermanas naturales; que carece de efecto legal la adjudicación de los bienes de la sucesión hecha al Municipio en la citada mortuoria; que corresponden y deben adjudicarse a aquellas señoras como herederas, en la persona de los demandantes como sus cesionarios, los bienes de la sucesión de Cortés; que se condene al Municipio a restituírles los bienes de esa sucesión, los que detallan los demandan-

tes tal como los detalló la partición aludida; que se condene al Municipio a restituír a dichas herederas en la persona de los demandantes como subrogados en sus derechos, los frutos de esos bienes desde la muerte de Cortés hasta que los restituya, y que los demandantes están subrogados en los derechos y acciones de dichas señoras en la sucesión de su hermano Prudencio, al tenor de las escrituras antedichas.

El Juzgado 1º del Circuito de Facatativá, que fue el de la citada causa mortuoria, avocó por repartimiento el conocimiento de este juicio ordinario y lo decidió en sentencia de 28 de julio de 1937 haciendo las declaraciones y condenaciones demandadas.

Para llegar a esta conclusión reputó a Prudencio hijo natural de la misma madre de quien son hijas legítimas las prenombradas Angulo Cortés y consiguientemente halló aplicable el artículo 1050 del C. C., ante el cual son ellas herederas, por haber muerto él intestado y sin que aparezca descendiente alguno suyo. La sentencia contiene un estudio detenido de las sucesivas leyes aplicables, comenzando por las del Estado Soberano de Santander, en lo atañedero al estado civil de Cortés.

Por apelación del demandado, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Bogotá, quien la decidió el 31 de enero de 1940 revocando aquélla y absolviendo al Municipio demandado de todos los cargos de la demanda.

A este resultado lo condujo la falta de registro de las citadas escrituras de cesión de derechos de las señoras Angulo Cortés a los demandantes, falta que implica la del título de éstos para demandar, o sea, de su personería sustantiva, puesto que demandan en su calidad de cesionarios.

Su abogado en la demanda de casación invoca los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Respecto del motivo 2º advierte que la doctrina tiene establecido que una sentencia absolutoria no puede acusarse de falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, que es en lo que el motivo consiste; pero que, sin embargo de eso, el cargo es procedente aquí, porque el Tribunal dejó de hacer las declaraciones relativas a Dolores y Rosario Angulo y a su calidad de herederas de Prudencio Cortés, a pretexto de la falta de registro de dichas escrituras, siendo del todo independiente esa calidad de lo atañedero a estos instrumentos. Y a este propósito formula junto con ese cargo el de violación de los artículos 1321 a 1323 del C. C., dejados de aplicar a consecuencia del error de no haber tomado en cuenta lo relativo a ese parentesco y demás circunstancias en lo tocante a esas señoras.

Se considera: Caro y Olarte piden por sí y para sí, obran en nombre propio, no exhiben poder ni invocan la consiguiente representación judicial de esas señoras ni demandan para ellas. Si solicitan se las reconozca como herederas de Cortés, es sólo como medio para que se les reconozca a los actores la cesión que ellas les hicieron y, con la cesión, esa su calidad de cesionarios con que formulan su demanda y que los inviste de la acción que incoan para sí mismos y no para ellas ni por ellas.

Tropezando el Tribunal con la falta de registro de las escrituras de cesión, que es la falta del título de los demandantes para ejercitar la acción, encontró que no era el caso de oírlos y, por ende, que no era tampoco el de estudiar los problemas de fondo planteados en la demanda, entre ellos cardinalmente si se está o no ante el artículo 1050 del C. C.

No es, pues, procedente el cargo relacionado con el motivo 2º.

Dentro del motivo 1º formula múltiples cargos que se estudian después de ordenarlos la Sala como indica el artículo 537 del C. J.

I. Ante todo se queja el recurrente de que sobre la personería de sus representados ningún reparo hizo su contraparte

hasta que en alegato presentado tardíamente en la segunda instancia vino a objetarla. Esto para él significa quebranto de estas disposiciones de ese Código: del artículo 341, que señala tiempo para excepcionar; del 759, que lo señala para alegar y del 366 que establece precisión en los términos judiciales. Y agrega que el artículo 471 obliga al juzgador a ceñirse a los pedimentos de las partes, por todo lo cual no ha debido escucharse el extemporáneo que sobre personería de los actores formuló el abogado del Municipio. Y como por lo dicho sobre personería quedó negada la demanda, acusa de violación de los artículos 1321 a 1323 del C. C., por haberse rechazado la acción de petición de herencia.

Para no admitir estos cargos basta considerar que el Tribunal estaba obligado por el artículo 343 del C. J. a declarar de oficio la excepción que encontrara acreditada, pues así lo manda esa disposición aunque aquélla no se haya propuesto ni alegado. Además, los actores se presentan en su precisa calidad de cesionarios, y el sentenciador no podía menos de analizar los comprobantes de ella, pues el primer paso para sentenciar es el de indagar si al demandante asiste la calidad con que ejercita la acción incoada, si tiene el título que se la confiere.

II. Violación de los artículos 1757 a 1760 del C. C. Este cargo es inadmisible. El 1757 determina cúya es la carga de la prueba, en su inciso 1º, y en el 2º dice cuáles son éstas en lista encabezada por los instrumentos públicos; el 1758 los define y determina cuándo se llaman escritura pública; el 1759 establece la fuerza probatoria de tales instrumentos ante sus otorgantes y ante terceros, y el 1760 no permite que se les supla cuando la ley los exige como solemnidad, y en su parte final les asigna en los demás casos el valor de instrumento privado si están firmados por las partes.

El *Tribunal* nada dijo que signifique desconocimiento o quebranto de estas disposiciones, puesto que la clave de su decisión no está en que no se otorgaran las dichas escrituras, sino en que no están registradas debidamente.

III. Violación de los artículos 2691, 2652, 2673 del C. Civil, 601 y 630 del Judicial y 38 de la ley 57 de 1887, por no haber aceptado como prueba las dos escrituras públicas antedichas, y error de hecho y de derecho en esta falta de apreciación que condujo a aquel resultado.

Ambos instrumentos se trascribieron en lo pertinente y por esto se vio que lo que contienen son sendos contratos de cesión de derechos, y ambas fueron registradas, no en el libro que por ese motivo decisivo correspondía, sino en el número 1º. De ahí la abstención del Tribunal que estas disposiciones legales justifican y aun imponen, como se verá en seguida.

El artículo 2641 estableció estos tres libros separados: el de registro número 1º "para la inscripción de los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles, o que varíen el derecho de administrarlos"; el de anotación de hipotecas para los títulos constitutivos de este gravamen, y el de registro número 2 para la de los títulos, actos o documentos que deban registrarse y no estén comprendidos en las clasificaciones de ninguno de esos dos.

Por tanto, ante este artículo, las escrituras en referencia debieron registrarse en el libro número 2º, por la clara razón de no versar sobre hipoteca ni sobre traspaso, limitación, etc., de inmueble alguno.

El artículo 38 de la citada ley 57, a más de establecer duplicado para los libros 1º y 2º, creó los de registro de causas mortuorias, autos de embargo y demandas civiles.

Ante esta disposición no se halla mutación alguna en lo correspondiente a las escrituras en referencia en relación con el artículo 2641, no sólo porque salta a la vista que no se trataba de embargo ni de demanda en esas escrituras, sino también porque si se pensara en que hay una sucesión de por medio, esta consideración no determinaría el registro en el libro de causas mortuorias, porque expresamente

lo destina ese artículo 38 para los títulos o actos que tengan origen en un **juicio de sucesión**, y aquellos instrumentos contienen sendos contratos, a diferencia del decreto de posesión efectiva, por ejemplo, o de la partición, que, deben registrarse y se originan en juicio mortuorio.

El artículo 2652 dice cuáles son los títulos, actos y documentos sujetos al registro. Allí figuran como numeral 10º los documentos otorgados ante Notario, y el 1857 del C. C. dispone que la venta de una sucesión hereditaria no se reputa perfecta mientras no se otorgue escritura pública. Desde luego se anota que esta formalidad se llenó en el presente caso; pero que el Tribunal no se funda en que faltara ella, sino en que faltó el registro. Es, pues, inoperante el cargo de violación del artículo 2652.

El artículo 2673 reza: "Ninguno de los títulos 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**".

Por su lado el C. J. en su artículo 601 ordena apreciar las pruebas "de acuerdo con su estimación legal" y en el 630, relativo a la escritura pública, exige para que sea estimada como prueba, que se presente en copia autorizada por el competente funcionario "y con la nota de **haberse hecho el registro en la forma debida**".

Y la forma debida de registrar las escrituras aquí discutidas no era en manera alguna la de inscribirlas en el libro número 1º, que es el en que ambas quedaron inscritas y es el único de que habla la respectiva nota al pie de cada una.

El recurrente habla de que el punto es y ha sido controvertido y dudoso y cita litigios en que sobre ello se ha contendido. Pero, por lo ya dicho aquí, la duda no se justifica. Más todavía, aunque la hubiese, ella no podría versar sobre si está bien o mal registrada la escritura concentiva única y exclusivamente de trasferencia de derechos hereditarios, cuando ni siquiera alude a inmueble alguno y ha sido llevada al libro número 1º, que es lo acontecido en este pleito.

Aunque lo dicho basta para rechazar el cargo de violación de las disposiciones legales en cita, deben agregarse otras consideraciones en atención a que el recurrente, a despecho de que las escrituras son del tenor literal inequívoco que ya se vio al trascribirlas en lo pertinente, sostiene que en ellas hubo estipulaciones sobre bienes raíces, lo que justifica su inscripción en ese libro.

Dice que la segunda de aquéllas, o sea, la otorgada en 1930 en favor de Caro, por contener la cita de la causa mortuoria, contiene consecuencialmente la trasferencia de los bienes que en ella se habían adjudicado. Esta reflexión riñe con lo que exige el artículo 2594 del C. C., según el cual las cosas y cantidades han de determinarse de una manera inequívoca, y si en el instrumento se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de la situación de éstos y de sus linderos, expresándose si el inmueble fuere rural, su nombre y el Distrito o Distritos de la situación, y si urbano, además, la calle en que estuviere situado y el número del inmueble si lo tuviere".

Habla el recurrente de un inmueble que tenía Cortés, llamado Santa Bárbara, en Puente Nacional; pero ese bien no figura entre los relictos, y apenas suena su nombre al indicarse como procedencia de los depósitos bancarios inventariados el precio de la venta de él. Además, los testigos sobre que Cortés tenía bienes raíces hacen alusión a esto al ser interrogados sobre si la última vecindad de él fue Puente Nacional y no Villeta, y una mera alusión así y declaraciones de testigos no son prueba al respecto.

Aunque este pleito no versa sobre cuál de esos dos Municipios es el heredero, puesto que ante las afirmaciones y peticiones de los demandantes los herederos son sus cedentes como hermanas del de cujus, el abogado de ellos hizo venir como

prueba el certificado de folios 32 y siguientes del cuaderno respectivo, y lo que allí consta es que Prudencio Cortés vendió por escritura número 86 de 9 de mayo de 1925 en la Notaría de Villeta los bienes allí precisados. Bien se ve cómo si algo acredita ese certificado es cabalmente que Cortés no tenía inmuebles al morir o, al menos, que no tenía los que indica el recurrente. Por otra parte, ni la demanda inicial de este juicio ni las piezas que obran aquí venidas de la causa mortuoria, entre ellas la hijuela del Municipio, contienen en manera alguna bienes raíces. Ya se vio la lista de lo adjudicado allá y demandado aquí, la que también es la de lo ordenado entregar en la sentencia de primera instancia en este juicio, consentida por los actores.

Así, pues, en la presente causa no cabe conceptuar que figuren inmuebles en la sucesión de Cortés, y de este modo viene a quedar contradicho lo que afirma el recurrente y corrobora el concepto expuesto atrás ante la lectura de las dos escrituras de cesión, con la que bastaba, como ya se dijo, para reconocer que no era en el libro número 1º en el que debían inscribirse.

El recurrente anota la imposibilidad en que estaban sus clientes para invigilar la Oficina de Registro e impedir cualquiera error, como el de que sus escrituras se llevasen a libro distinto del que les correspondía; pero, a más de que aquello no puede significar ni disculpar el que quedaran mal inscritas o que hayan de tenerse por bien registradas, cabe observar que cualquiera está sencillamente capacitado para saber cómo se le registró una escritura al devolvérsele de esa Oficina con la nota que allí se le haya puesto. Concretando a este litigio, se tiene que la de Olarte se registró el 7 de abril de 1928 y la de Caro el 18 de noviembre de 1930; de suerte que cuando formularon su demanda en noviembre de 1935 y cuando la presentaron el 23 de enero de 1936, había trascurrido un lapso lo bastante largo para corregir el error haciéndolas inscribir en el libro correspondiente al contrato de cesión de derechos hereditarios contenido en cada una de ellas, libro que, por lo atrás expuesto en relación con los artículso 2641 del C. C. y 38 de la ley 57 de 1887, tenía que ser el número 2º.

Queda, por tanto, rechazado el cargo en estudio y justificada la abstención del Tribunal de tomar como pruebas esos instrumentos.

IV. Violación de los artículos 203 y 234 del C. J. El primero contempla el caso de vacíos en el procedimiento para ordenar que se llenen con lo dispuesto en el mismo Código para casos análogos, y el segundo que las dudas sobre apreciación de los hechos o la aplicación del derecho se resuelvan en favor del demandado, a falta de otros principios establecidos en la ley. Aun dando por sentado que quepa formular en casación, como motivo dentro del 1º de los del citado artículo 520 lo atañedero a aquellas disposiciones, se tiene que, ni aun así, es aceptable, entre otras razones por la decisiva de no haber dudas ni siquiera lugar a ellas, en atención a la claridad con que, ante las disposiciones sobre registro estudiadas aquí, es desacertado haber inscrito las dos escrituras referidas en el libro número 1º y traerlas como base de este juicio sin su inscripción en el libro número 2º.

Debe advertirse que el recurrente para invocar una disposición favorable a la parte demandada, hace presente que lo relativo a la personería es en definitiva una excepción contra los demandantes y que éstos ante ella deben reputarse demandados. Pero, por lo que acaba de exponerse, el cargo en sí mismo no es aceptable.

V. Violación del artículo 2654 del C. C. Como repetidamente se ha dicho aquí, las dos escrituras mencionadas no versan sobre inmueble alguno; tampoco contienen acto alguno de partición. Esto basta para reconocer la improcedencia del cargo.

VI. Violación de las disposiciones sustantivas citadas por efecto del error de no haber apreciado el certificado notarial sobre que la mortuoria de Cortés quedó

bien registrada. Para ver la improcedencia de este cargo, basta observar que nada se ha discutido siquiera a lo largo de esta controversia sobre el registro de esa causa, detalle que, por ende, es extraño al presente juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada el treinta y uno de enero último en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Isaías Cepeda — Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Conjuez, Juan Francisco Mújica—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En la sucesión de Concepción Forero de Gutiérrez se les adjudicó en común y proindiviso a cuatro herederos el derecho de dominio en la casa situada en esta ciudad de Bogotá, en la calle veintiocho (28) y marcada en su puerta de entrada con el número trece bis (13-bis).

Una de las comuneras, Oliva H. de Peña, solicitó la división **ad valorem** del inmueble, solicitud que dio origen al presente juicio, en el cual se decretó la venta en pública subasta de la casa que fue rematada en la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente ($ 5.000), por la expresada señora de Peña el cinco (5) de octubre de mil novecientos treinta y seis (1936). El remate se hizo con el fin de pagar en primer término la hijuela de gastos causados en la mortuoria de Concepción Forero, que monta la cantidad de novecientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 984.59), sobre lo cual no hay discusión.

Rematada la casa se nombró a Daniel Hernández Bernal para que hiciera la partición del dinero, teniendo en cuenta la hijuela de gastos comprobados y lo que a cada adjudicatario de la casa licitada le corresponda.

El partidor hizo y presentó su trabajo en el cual le adjudicó a José Gutiérrez, cónyuge supérstite de Concepción Forero de Gutiérrez la suma de $ 759.59 por los gastos que hizo en el juicio de sucesión de su finada esposa y a que se refieren los comprobantes que obran a los folios 32 a 33 y 64 del cuaderno principal.

Corrido el traslado del trabajo, fue objetado por Oliva Higuera de Peña y por Bárbara Rodríguez, y tramitado el incidente, el Juez del conocimiento (4º de este Circuito), declaró fundada la objeción propuesta por ésta última y ordenó que el partidor rehiciera su trabajo con el fin de que a la misma Rodríguez se le reconocieran en la hijuela de gastos los que aparecen hechos por ella en el juicio de sucesión de Concepción Forero de Gutiérrez, según los comprobantes que aparecen a los folios 32 y 33 del expediente. Esta resolución tiene fecha 31 de enero del año próximo pasado.

El partidor rehizo el trabajo y le adjudicó a Bárbara Rodríguez los $ 759.59 que en el primer trabajo había adjudicado a José Gutiérrez.

El Juez **a quo** en sentencia de 3 de mayo aprobó en todas sus partes el trabajo de partición; de este fallo apeló Jesús Hernández R., y el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 16 de octubre postrero confirmó la sentencia del inferior.

Hernández recurrió entonces en casación, y concedido y admitido el recurso, pasa hoy a decidirse.

El fundamento de la sentencia del Tribunal es el siguiente: "El Juzgado estudió detenidamente el asunto en presencia de los títulos por los cuales a Bárbara le vendió Gutiérrez unos derechos y éste después le compró a aquélla otros y concluyó por disponer que Bárbara era dueña y tenía derecho a que se le reconocieran los gastos de que dan cuenta los comprobantes citados y ordenó rehacer la partición en tal sentido únicamente. Así lo hizo el partidor en su segundo trabajo, adjudicando a la Rodríguez el valor de dichos gastos".

Invocando la causal primera del art. 520 del C. Judicial el recurrente acusa la sentencia por violación de la ley, proveniente de falta de apreciación de unas pruebas y errónea apreciación de otras y señala como violados los artículos 473, 604, 606, 630, 632 y 645 del C. Judicial. 1758, 1759, 1761 y 1769 del C. Civil. El recurrente considera y sostiene que habiendo José Gutiérrez presentado recibos por gastos hechos por él en el juicio de sucesión de Concepción Forero de Gutiérrez, por valor de $ 644.97, se le han debido reconocer en la hijuela de gastos, según la sentencia que falló las objeciones. Mas el partidor en su segundo trabajo no lo hizo así sino que adjudicó por concepto de gastos a Bárbara Rodríguez todos los que aparecen hechos por Gutiérrez según los recibos que obran a los folios 29 y 30 del cuaderno principal.

Además, observa que si se considera que Gutiérrez cedió el valor de esos gastos a la Rodríguez, según la escritura 516 de 11 de abril de 1931, la expresada Rodríguez volvió a vender esos derechos al mencionado Gutiérrez según escritura 864 de 17 de junio de 1937 y entonces el partidor y el Tribunal han debido tener en cuenta esta nueva cesión. Agrega finalmente que si como se ha sostenido, Gutiérrez cedió el derecho a reclamar esos gastos a la Rodríguez, no habría habido necesidad de que éste y aquélla hubieran suscrito el memorial que corre en autos, en el cual cada uno de ellos hace referencia a los que les corresponden en el juicio de sucesión de la señora Forero de Gutiérrez.

La Corte considera: En el fallo sobre objeciones y al referirse el Juez a la propuesta por Bárbara Rodríguez, que prosperó, se expresa así: "Se declara fundada la objeción propuesta por Bárbara Rodríguez y en consecuencia se dispone devolver el expediente al partidor para que se sirva rehacer la cuenta de acuerdo con lo observado en este fallo, es decir para que al distribuír la suma de la hijuela de gastos se cubran a la señora Bárbara Rodríguez los gastos que aparecen hechos por ella según los comprobantes de los folios 32 y 33 del expediente, haciendo a la partición las demás modificaciones a que lo ordenado diere lugar".

En los comprobantes mencionados, aparecen unos gastos hechos por José Gutiérrez G., en el juicio de sucesión de Concepción F. de Gutiérrez, y otros por Bárbara Rodríguez. El partidor sumó los gastos hechos por ambos, que montan la suma de setecientos cincuenta y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 759.59) y los adjudicó íntegramente a Bárbara Rodríguez.

Partió, pues, de la base de que todos esos gastos correspondían a la Rodríguez en virtud del fallo sobre objeciones, que interpretó en el sentido de que el Juez había dispuesto que los gastos hechos por Gutiérrez debían acumularse a la Rodríguez. Pero esa interpretación, que también acepta el Tribunal en el fallo que se revisa, está en abierta pugna con la manifestación hecha por Gutiérrez y la Rodríguez y que corre al folio 32 del cuaderno principal y que en su parte pertinente dice así: "Que de acuerdo con la partición de los bienes que quedaron por muerte de la señora Concepción Forero de Gutiérrez, hijuela para pagar los gastos de la mortuoria, y en vista de los documentos que acompañamos a este escrito y de los documentos que obran en el expediente, se nos pague con el producto del remate los gastos que aparecen comprobados con los respectivos recibos...."

La Rodríguez sostiene que esos gastos en su totalidad, le corresponden y se ampara para esto en la escritura 516 de 11 de abril de 1931, de la Notaría 5ª de Bogotá, de la cual aparece que José Gutiérrez le traspasó a ella todos los derechos que le corresponden en la sucesión de Concepción Forero de Gutiérrez y que en la venta "quedá incluído cualesquiera otros derechos que pudiera tener en los bienes que le correspondan a la compradora por motivo de esta enajenación".

Mas no puede la Corte llegar a la conclusión a que aspira la Rodríguez, por dos razones: a) porque las partes contratan-

tes no interpretaron en ese sentido el contrato a que se refiere la escritura, y por eso más de un año después de haber sido otorgada, los contratantes Gutiérrez y la Rodríguez, manifestaron al Juez de la causa, según ya quedó transcrito, que se les paguen a uno y otra con el producto del remate los gastos que aparecen comprobados en los respectivos recibos; y b) porque aun cuando no existiera esa manifestación y suponiendo que los términos del contrato mencionado no fueran tan ambiguos como lo son y que de ellos se dedujera claramente que Gutiérrez traspasó a la Rodríguez el derecho correspondiente a tales gastos, aparece de la escritura 864 de 17 de junio de 1937, de la Notaría 5ª (fols. 57 y 58 vto. del cuaderno principal), que la Rodríguez vendió a Gutiérrez los mismos derechos que éste le había transmitido a aquélla por la escritura 516. Dice así la cláusula 2ª del contrato de 17 de junio: "Que los derechos y acciones que le vende son los mismos que adquirió por compra al mismo señor Gutiérrez, por medio de la escritura (516) quinientos diez y seis de fecha once de abril de mil novecientos treinta y uno, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá y que obra en el juicio de sucesión ya mencionado".

El Tribunal, según se ve del fallo que se revisa en casación, no apreció, pasó por alto todas las pruebas de que se acaba de hacer mérito, o sea, lo que claramente expresan los recibos que corren a los folios 29 y 30 del cuaderno principal; la manifestación de Gutiérrez y la Rodríguez, a que se ha aludido y que corre al folio 32 y lo pactado en las escrituras 516 y 864 ya mencionadas, con lo cual violó todas las normas sustantivas señaladas por el recurrente en su demanda.

El cargo que se estudia, que lleva a la casación de la sentencia, hace inoficioso estudiar los demás contenidos en el recurso.

Es pues, pertinente de acuerdo con el artículo 538 del C. Judicial dictar la sentencia de instancia.

José Gutiérrez y Bárbara Rodríguez hicieron algunos gastos en el juicio de sucesión de Concepción Forero de Gutiérrez, gastos especificados y determinados en los recibos ya mencionados, cuyos comprobantes obran como se ha expresado a los folios 29 y 30 del cuaderno principal. En la hijuela de gastos es, pues, necesario y legal hacer a cada uno de ellos la respectiva adjudicación según los comprobantes mencionados. De éstos aparece que en dicho juicio Gutiérrez hizo gastos por valor de seiscientos cuarenta y cuatro pesos con noventa y siete centavos ($ 644.97) y la Rodríguez por la suma de ciento catorce pesos con sesenta y dos centavos ($ 114.62), luego éstas son las cantidades que a cada uno de ellos debe el partidor adjudicarles, en la respectiva hijuela de gastos. En otros términos y para evitar mayores dilaciones en este larguísimo proceso, cuya cuantía es ínfima: De los setecientos cincuenta y nueve pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 759.59) adjudicados a Bárbara Rodríguez en el segundo trabajo de partición, el partidor debe adjudicar a la expresada Bárbara ciento catorce pesos con sesenta y dos centavos ($ 114.62) y a José Gutiérrez C. la suma de seiscientos cuarenta y cuatro pesos con noventa y siete centavos ($ 644.97).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **casa la sentencia recurrida, revoca** la de primer grado y en su lugar **resuelve:** Impruébase el segundo trabajo de partición verificado en este juicio. Vuelva el expediente al partidor, para que dentro del término de tres días contados desde la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictarse en virtud de este fallo, rehaga el trabajo de partición en los términos indicados en la parte motiva de esta sentencia. Sin costas.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION — SISTEMAS JURIDICOS SOBRE TRASMISION HEREDITARIA DE BIENES — ASIGNACIONES FORZOSAS PARA LOS LEGITIMARIOS — LEGITIMA RIGOROSA Y LEGITIMA EFECTIVA — CUARTA DE MEJORAS — ACCION DE REFORMA DEL TESTAMENTO — POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

1. El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no da campo ni es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino el término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el Juez. Rehecho el trabajo del partidor de acuerdo con la objeción u objeciones que han prosperado, por mandato legal la nueva cuenta debe aprobarse por el Juez. — 2. Por haber adoptado el sistema mixto, combinándose el de la división forzosa con el de la libertad de testar, nuestro Código restringe tal libertad en la disposición sucesoral imponiendo al *de cujus* la obligación de dejar la mitad de su haber patrimonial a determinados asignatarios forzosos, llamados legitimarios. Para la la otra media le reconoce libertad, que es absoluta cuando los legitimarios no son descendientes, pero también restringida para la cuarta de mejoras, que necesariamente debe dejarla a sus descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de éstos. (Artículo 23, L. 45 de 1936. 3.—Legítima rigorosa es la que estrictamente reconoce la ley al heredero legitimario; no depende de la voluntad del testador y es la cuota mínima que le corresponde en una liquidación hereditaria. Si tal legítima rigurosa viene a ser incrementada con aquella porción de los bienes de que el testador pudo disponer, ya a título de mejoras o con absoluta libertad, y no ha dispuesto o quedaron sin efecto sus disposiciones, se convierte en legítima efectiva. (Artículo 1249, C. C.). — 4.—En toda sucesión a la que sólo concurren descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, la cuarta de mejoras constituye una asignación forzosa, pero reconociéndole al causante o testador cierta libertad e iniciativa en su disposición, ya que puede asignarla libremente a uno o varios de tales descendientes, aun cuando no sean legitimarios (artículo 1242, C. C., hoy 23 de persona que es descendiente legítima la ley 45 de 1936. —5.—Instituída una del testador como heredera de éste en todos sus bienes, a tiempo que el testador ha pasado por alto otros dos descendientes legítimos que han dejado también descedencia legítima, tiene derecho aquélla a reclamar para sí la cuarta de mejoras y la de libre disposición sin menoscabar las legítimas de los otros legitimarios. — 6.—La acción de reforma o de nulidad de un testamento no puede obtenerse por el trámite especial y de carácter limitado de un incidente de objeciones a una partición, pues mientras el testamento no haya sido anulado por sentencia judicial en juicio pleno, tiene que reconocerse y producir sus efectos.—7. El decreto de posesión efectiva de la herencia, que debe ser registrado, confiere a los herederos facultades dispositivas sobre los bienes sucesorales, pero no autoriza ni establece que en tal caso se prescinda de la partición, la que necesariamente debe hacerse para que el fallo aprobatorio de la partición venga a radicar en cabeza

del heredero o legatario los bienes y derechos del causante. Ese decreto no obliga al partidor a adjudicar esos bienes al heredero o herederos a cuyo favor se expidió, ni viola tal decreto el partidor al adjudicarles conforme les corresponda los bienes y derechos de la mortuoria.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

La señora Balbina Pulido de Soto murió en esta ciudad el 25 de mayo de 1932, habiendo otorgado testamento el 25 de febrero de 1931 en la Notaría Segunda de esta ciudad. Dice en el testamento que del matrimonio que contrajo con el señor Germán Soto, el 9 de noviembre de 1858, hubo seis hijos, cuatro mujeres y dos varones, de los cuales murieron cinco sin dejar descendencia.

Instituyó como única heredera de sus bienes a su hija María Emma de Jesús Soto. Abierto el juicio de sucesión testada, probaron Eduardo Alvarez Soto, Isabel Alvarez v. de Bernal, Manuel Antonio, Rafael y Mercedes Alvarez Soto ser hijos legítimos de Ismenia o Ismaelia Soto, hija legítima de la causante, por una parte; y Luis Ignacio, José Cipriano, José Mariano de Jesús, María Ester y María Rosa del Carmen Luque, por otra, acreditaron igualmente ser hijos legítimos de María Soto, también hija legítima de la causante. Unos y otros fueron reconocidos herederos en representación, por estirpes, respectivamente, de sus madres legítimas, hijas de la causante, fundándose el Juzgado en el artículo 1276 del C. C., por estimar que la testadora incurrió en preterición en el acto de disponer de sus bienes, o sea, que omitió la designación de legitimarios suyos, sin haberlos tampoco desheredado expresamente.

En tales condiciones se procedió a la partición de los bienes inventariados, y el partidor adjudicó a los cesionarios de la heredera María Emma Soto, señores Carlos Delgado Morales y Guillermo Pereira Harker, las cuartas de libre disposición y de mejoras, fundándose en la cláusula cuarta del referido testamento de la causante, que la instituyó como única y universal heredera de todos sus bienes, sin haber mencionado a sus demás hijos legítimos o a los herederos de éstos.

El doctor Antonio José Montoya, como apoderado de los herederos Manuel Antonio y Eduardo Alvarez Soto e Isabel Alvarez v. de Bernal, objetó la partición verificada el 14 de junio de 1937, presentando las siguientes objeciones:

1ª La hace consistir el objetante en que el partidor no ha debido tomar en consideración el testamento, por ser nulo a consecuencia de varias informalidades, como estas: a) el testamento aparece en copia de copia y por consiguiente sin valor; b) incurrió en varias omisiones de lo que debe expresar el testamento, conforme al artículo 1073 del C. C., las cuales acarrean nulidad absoluta, tales como las de no haber expresado la testadora su verdadera edad; que al expresar que cinco de sus hijos murieron sin dejar descendencia legítima, quiso en realidad desheredar a sus nietos que viven y descienden legítimamente de Ismenia y de María de Jesús Soto, ya fallecidas, omisiones que conforme al artículo 11 de la Ley 95 de 1890 en relación con el 1741 del C. C., se sancionan con la nulidad absoluta, que debe declararse oficiosamente por el juzgador, según el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

2ª El partidor adjudicó a los subrogatarios de la heredera María Emma Soto las cuartas de libre disposición y de me, joras, sin que en el pretendido testamento se le hayan asignado a dicha heredera y desconociendo los derechos que confiere la ley a los otros legitimarios.

3ª La cláusula cuarta del testamento en que la causante instituye como única heredera a María Emma Soto, debe tenerse por no escrita, de acuerdo con el artículo 1117 del C. C.

4ª El partidor no ha desconocido con su trabajo los derechos adquiridos por los nietos legitimarios de la causante mediante el decreto de posesión efectiva de la herencia y su registro en la oficina respectiva, registro cuya firmeza legal sólo puede ser variada mediante un juicio ordinario en cuya sentencia se ordene cancelar o modificar tal inscripción.

El doctor Carlos Malo Baños, como apoderado de varios interesados en esta sucesión, también impugnó la partición verificada, presentando las siguientes objeciones:

1ª **Error de derecho.**—Afirma el objetante que el partidor se abrogó facultades extrañas a su misión, fallando una verdadera reforma del testamento que nadie le ha solicitado ni tiene facultad legal para hacerla. Interpreta una preterición como un desheredamiento y entra a resolverlo, también fuera de sus atribuciones, olvidando que allí no solamente hubo preterición sino aseveración errada de haber fallecido los demás hijos sin dejar descendencia, circunstancia que probada en contra, como aparece de autos, deja a todos en pie de igualdad para dividir entre ellos la totalidad de los bienes herenciales por cabeza o por estirpes, según que ostenten derecho personal o de representación (artículo 1041 del C. C.). La mejora que no hizo, ni siquiera esbozó la testadora, mal puede hacerla el partidor pretendiendo reemplazar al **de cujus.**

2ª **Error de hecho.**—Consecuencia lógica del error de derecho, pues la masa partible es la totalidad de los bienes, para hacer tres partes o porciones: una para María Emma Soto; otra para los representantes de Ismenia Soto; y otra para los de María Soto. Y el partidor, sobre la base errada de creer heredera universal a María Emma, adjudica caprichosamente a ésta una suma cuádruple de la adjudicada a las otras dos estirpes de herederos. Pero aun sobre su lógica yerra el partidor, pues se trata de hijos legítimos y entre ellos no caben las deducciones que él pretende.

3ª—**Error aritmético.**—Lo hace consistir el objetante en que los bienes herenciales valen trece mil cuatrocientos pesos ($ 13.400.00), y las hijuelas sumadas apenas dan doce mil ochocientos veinte pesos con noventa y cinco centavos ($ 12.820.95). Faltan quinientos setenta y nueve con cinco ($ 579.05) que se ignora a quién corresponden. Y no se diga que en capítulo de "Observaciones Generales" se enmienda ese error, porque para la cuenta de partición sólo es posible la formación de hijuelas; y porque las recomendaciones que allí se hacen quedan sin fuerza legal alguna y no se sabe si se cargan a los bienes herenciales o a los frutos de que debe responder la heredera Emma, por la ambigüedad de los términos usados.

Por su parte Carlos Delgado Morales, cesionario de la heredera María Emma Soto y actual recurrente en casación, refiriéndose a las objeciones formuladas a la partición por el doctor Antonio José Montoya, en su carácter de apoderado de la estirpe Alvarez Soto, glosa todas las observaciones hechas a la partición y concluye que la única objeción de fondo que se le pudiera hacer a este trabajo es la de no haberle adjudicado todos los bienes inventariados a la única y universal heredera señorita Emma Soto. Sostiene que en vez de aplicar el artículo 1276 del C. C., ha debido ceñirse el partidor a lo dispuesto en el 1274, que consagra la acción de reforma cuando de un modo u otro no se deja al legitimario lo que por ley le corresponde.

El Juez que conoció del juicio de sucesión, 7º del Circuito de Bogotá, dictó sentencia fechada el 2 de junio de 1938, en la cual hizo un estudio detenido de las objeciones formuladas al trabajo de partición y que acaban de resumirse. Concluye considerando infundadas tales objeciones, pero en la parte resolutiva ordena al partidor que en el término de veinte días rehaga el trabajo de parti-

ción presentado al juicio, con el exclusivo fin de que haga las "hijuelas de gastos", teniendo en cuenta las observaciones que al respecto anota en esa providencia y que están contenidas en el siguiente párrafo:

"Y como en el trabajo de partición presentado al juicio por el partidor se observa que parte de los bienes destinados para cubrir la hijuela de gastos fueron adjudicados al cesionario Carlos Delgado Morales sin el consentimiento de los demás interesados, y la otra parte, 'a la persona que compruebe los gastos del juicio', adjudicación ésta que por no expresar el sujeto del derecho carece de efecto legal, se impone ordenar que el partidor rehaga la partición con el fin de subsanar el error anotado en este aparte y que es el que el Juzgado entiende que se propone corregir el doctor Carlos Malo B. mediante su tercera objeción".

Contra la anterior providencia del Juzgado interpusieron recurso de apelación, en lo desfavorable, los objetantes Montoya y Malo, y surtida la tramitación señalada a este recurso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo decidió en providencia fechada el 6 de febrero de 1939, en la cual dispuso lo siguiente: 1º Se revoca la providencia apelada, en cuanto ordena rehacer la "hijuela de gastos", teniendo en cuenta las observaciones que anota en la motivación correspondiente el juez **a quo**; 2º Se declaran fundadas las objeciones formuladas al trabajo de partición por los apoderados Antonio José Montoya y Carlos Malo B. y contenidas en los apartes titulados "Segunda objeción", del primero, y "Primera objeción, error de derecho" y "Segunda objeción, error de hecho", del segundo. Se refieren estas objeciones al hecho de haber adjudicado el partidor a los cesionarios de la heredera María Emma Soto las cuartas de libre disposición y de mejoras; y 3º Se ordena al partidor que rehaga la partición en el sentido de distribuír el acervo partible en la siguiente proporción: una tercera parte para los cinco herederos Alvarez Soto; otra tercera parte para los herederos Luque Soto; y la otra tercera parte para los cesionarios de María Emma Soto. Declara infundadas las demás objeciones propuestas contra la cuenta de partición.

Para reconocer y declarar fundada la segunda objeción del apoderado doctor Montoya se funda el Tribunal en que no encuentra en verdad que la testadora expresara en la cláusula cuarta de sus disposiciones de última voluntad ningún deseo suyo tendiente a mejorar a uno de sus descendientes legítimos, con preferencia a los otros legitimarios, como lo estimó el Juzgado. Lo que claramente se colige de la lectura de esas disposiciones testamentarias, según el Tribunal, es que la causante ignoraba la existencia de sus nietos, o que intentó desheredarlos sin expresar la causa, hipótesis ésta que dejaba sin valor el desheredamiento, según el artículo 1267 del C. C. Si, pues, no existe disposición testamentaria expresa en relación con la cuarta de mejoras ni con la de libre disposición, debe necesariamente aplicarse el mandato del art. 1249 ibídem y formar con ellas las legítimas efectivas de cada una de las tres ramas de descendientes legítimos de la causante.

Por idénticas razones y por versar en el fondo sobre este mismo tópico, declaró también fundadas el Tribunal las dos primeras objeciones del apoderado doctor Malo B. En cuanto a la tercera objeción de este mismo apoderado, consideró el Tribunal que el Juzgado carecía de facultad legal para examinar como lo hizo, oficiosamente, este capítulo de la cuenta de partición y para ordenar al partidor que lo rehiciera en el sentido que lo indica el auto apelado; por lo cual debe éste ser revocado en esa parte que ordena rehacer la hijuela de gastos.

En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en esa providencia del 6 de febrero el partidor rehizo la cuenta de partición, atendiendo la orden que se le dio, como consecuencia de las objeciones presentadas y reconocidas, de dividir la ma-

sa partible en tres legítimas efectivas e iguales así: una para los cesionarios de María Emma Soto; otra para la estirpe Alvarez Soto, como descendientes legítimos de Ismenia Soto; y otra para la estirpe Luque Soto o sus cesionarios, como descendientes legítimos de María de Jesús Soto.

El Juzgado del conocimiento, en sentencia de 24 de mayo de 1939, aprobó este segundo trabajo de partición y adjudicación de los bienes relictos. Contra esta providencia interpuso apelación Carlos Delgado Morales, recurso que fue decidido por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 19 de septiembre de 1939, en la cual se confirma la apelada y aprobatoria de la partición, adicionándola en el sentido de que la partición y su sentencia aprobatoria se inscriba en el registro de causas mortuorias, y se protocolice el expediente en una de las Notarías de Bogotá.

Recurso de casación.

Contra esta última providencia aprobatoria del segundo trabajo de partición se alza en casación el señor Carlos Delgado Morales, cesionario en parte de los derechos hereditarios de la legitimaria María Emma Soto, por tratarse de un juicio que admite este recurso extraordinario, al tenor de lo preceptuado en el artículo 519 del C. J. Acusa el fallo recurrido por violación directa de ley sustantiva, consistente en interpretación errónea y aplicación indebida de las disposiciones sobre legítimas, mejoras y cuarta de libre disposición. Considera violados por tales conceptos los artículos 1052, 1127, 1239, 1240, 1243, 1274, 1275 y 1276 del C. C. y 23 y 24 de la Ley 45 de 1936. De esta manera desarrolla el recurrente sus motivos de tacha:

Primer cargo. — El Tribunal entiende que para que una persona esté instituída heredera de la cuarta de mejoras y de la de libre disposición, es menester que el testador lo diga expresamente, manifestando el título o motivo bajo el cual deja la asignación; de suerte que en el presente caso ha debido decir la testadora Balvina Pulido de Soto que instituía a María Emma Soto como su heredera en la cuarta de mejoras y en la de libre disposición y no simplemente consagrarla como universal heredera como lo hizo por su testamento en la cláusula cuarta.

El artículo 1242 del C. C. da la regla para saber el derecho que tienen los legitimarios en determinada sucesión. Es evidente que nuestro código restringe la libertad de testar, pero sin llegar a anularla, pues se deja siempre al testador una parte de sus bienes de la cual puede disponer libremente. Con la tesis del Tribunal no existe tal libertad de testar, una vez que ni siquiera valen las cláusulas testamentarias en lo concerniente a aquella parte de los bienes en que se le concede autonomía absoluta. La regla de derecho es precisamente la contraria, pues por regla general el testador es libre y sólo excepcionalmente puede llegar a no serlo; y tal excepción está claramente definida y puntualizada en la ley. Si se aceptara la conclusión del fallo acusado no existiría tal libertad de testar, como quiera que el testador estaba obligado irremediablemente a dejar su patrimonio a su descendencia legítima o a sus hijos naturales, sin que pudiera disponer de la cuarta de mejoras ni de la cuarta de libre disposición, pues para hacerlo sería necesario expresar que lo hacía a ese título, sin poder dar a conocer su última voluntad en forma distinta.

Si el testador dispuso de todos los bienes, no pudiendo hacerlo sino de la mitad, en atención al artículo 23 de la Ley 45 de 1936, sustitutivo del 1242 del C. C., los legitimarios sólo pueden reclamar la legítima rigorosa, porque es la parte que no puede ser menoscabada en modo alguno; sin pretender la otra porción patrimonial, porque sobre el particular están las disposiciones testamentarias. Pero si el testador dispone de esa porción y la cláusula respectiva no puede invalidarse, entonces no hay lugar a tal legítima efectiva. La voluntad de la testadora fue me-

jorar a su hija María Emma Soto, porque el sentido de la cláusula respectiva no es otro que el de disponer de todos los bienes a su favor.

Siendo esto así, aparece de manifiesto que el Tribunal violó el artículo 1249 del C. C. ya directamente, ya por errónea interpretación. Al desconocer la voluntad de la testadora quebrantó igualmente, por falta de aplicación, el artículo 1052 del mismo código; y por estas mismas razones se violaron, ya directamente o ya por interpretación errónea, los artículos 1274, 1275, 1276, ibídem. También violó por errónea e indebida aplicación el 1127, y al errar en la interpretación de este último texto, violó también los artículos 23 y 24 de la Ley 45 de 1936 y 1618 del C. C., que establece una regla de interpretación de los contratos aplicable por analogía a cualquier acto jurídico.

Segundo cargo.—Existe error de hecho por parte del Tribunal, al creer que no existe institución de heredera de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, en la cláusula cuarta del testamento, al decir la testadora que instituía heredera de todos sus bienes a María Emma Soto. Error de hecho manifiesto, porque en dicha cláusula el sentido natural y obvio es la institución de heredera de su hija María Emma, si no de todos los bienes en virtud de haber dejado legitimarios la testadora, sí por lo menos de aquellos de que podía disponer a su arbitrio. Y esto porque la ley sólo exige que las palabras que use el testador puedan dar a conocer su voluntad, sin que el testador deba usar determinada fórmula jurídica. Al cometer este error violó el Tribunal el artículo 1242 del C. C., hoy reemplazado por el 23 de la Ley 45 de 1936; igualmente violó por errónea interpretación el artículo 1127, que da las reglas de interpretación para los actos testamentarios, y el 1052 del mismo código, que exige se respete siempre la libertad del testador.

Erró también el Tribunal en derecho cuando considera que para poder disponer de las cuartas de mejoras y de libre disposición es indispensable que el testador diga expresamente que bajo ese título deja tales asignaciones. La ley solamente requiere que el asignatario sea descendiente legítimo o hijo natural, cuando se trata de la cuarta de mejoras, y que el testador lo disponga claramente en lo que hace a la cuarta de libre disposición.

Por este concepto se violaron por el Tribunal, ya directamente o por errónea interpretación, los artículos 1052, 1251, 1252, 1253, 1274, 1275 y 1276 del C. C. y 23 y 24 de la Ley 45 de 1936.

El concepto del Tribunal de que no hay asignaciones tácitas y de que el testador ha debido indicar en la cláusula cuarta que tal disposición de bienes la hacía a título de cuarta de libre disposición, es por otra parte equivocado, porque no es necesario que se conozca el título bajo el cual se hace la asignación.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

— I —

Cuestión previa.

Ante todo, conviene manifestar, para precisar los elementos sobre los cuales debe girar la controversia en casación, que las cuestiones que realmente han quedado **sub judice** en este recurso son las mismas que fueron materia de algunas objeciones presentadas por los apoderados de varios legitimarios y que vinieron a ser falladas por el Tribunal en su proveído de 6 de febrero de 1939, que declaró fundadas algunas de tales objeciones formuladas contra el primer trabajo de partición.

Bien es verdad que la providencia recurrida en casación no ha venido a ser la sentencia que aceptó las objeciones el 6 de febrero, sino la que posteriormente pronunció el mismo Tribunal el 19 de septiembre de aquel año aprobatoria del segundo trabajo de partición. Pero esto tiene que ser así, porque tal fallo posterior que aprueba en definitiva la partición y adjudicación de bienes sucesorales

es el que viene a establecer una situación procesal estable y concluyente en estos juicios universales y a precisar la forma como en último término queda dividido el acervo hereditario. La providencia anterior, en la cual se aceptan los fundamentos de las objeciones presentadas a la cuenta de partición, no podría ser materia de este recurso extraordinario, a efecto de enfrentar el fallo con la ley sustantiva, porque mientras no se rehaga el trabajo por el partidor, atendiendo a las indicaciones y fórmulas acordadas por el juzgador de instancia, no puede saberse la manera como ha de quedar distribuída la masa partible y, por lo tanto, la verdadera y auténtica situación contemplada por cada uno de los asignatarios. De ahí que el artículo 519 del C. J. sólo otorgue el beneficio de este recurso extraordinario a las sentencias que aprueban en último término las particiones de bienes herenciales; pero como quiera que esta última providencia no ofrece ni puede ofrecer elementos nuevos de juicio o de controversia susceptibles de ser dilucidados en casación, las acusaciones presentadas tienen que referirse necesariamente a las objeciones anteriormente formuladas y que fueron materia del fallo que vino a calificarlas.

Consecuente con estas ideas, la Corte acaba de decir en reciente fallo que "el recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición, no da campo ni es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal, que no es otra sino el término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el juez..... Rehecho el trabajo del partidor de acuerdo con la objeción u objeciones que han prosperado, por mandato legal la nueva cuenta debe aprobarse por el juez". (Casación de junio 28 de 1940. G. J. 1957 y 1958, Tomo XLIX, pág. 578).

— II —

Cuestión de fondo.

El punto fundamental que debe dilucidarse en casación, porque precisamente sobre él versan todos los cargos presentados contra la sentencia y esa cuestión vino a ser materia de las objeciones que prosperaron contra el primer trabajo de partición, consiste en decidir si la causante asignó en realidad tanto la cuarta de mejoras como la de libre disposición a su hija legítima María Emma Soto, por medio de la cláusula cuarta del testamento que figura en autos. Se hace necesario estudiar, apreciar e interpretar la voluntad de la testadora, expresada en tal acto testamentario, para hacer respetar esa voluntad en cuanto se haya conformado con las disposiciones que reglamentan nuestro sistema sucesoral.

Tres han sido los sistemas jurídicos que han regido el fenómeno de la trasmisión hereditaria de bienes: el de los mayorazgos, el de la división o repartición forzosa y el de la absoluta libertad de testar. Estos sistemas han sido adoptados por las diversas legislaciones positivas, unas veces en forma rígida y pura, y mixta en otras, mediante la combinación sobre todo de las dos últimas formas de regulación sucesoral.

Alrededor de este orden de ideas dice el expositor chileno Barros Errázuriz: "Don Andrés Bello, redactor del Código Civil, era partidario de la libertad de testar, pero encontró resistencias para la adopción de ese sistema. En su proyecto primitivo trató siquiera de suprimir el tercio de mejoras que existía en el antiguo derecho español, para dejar mayor libertad al padre de familia. Nuestro código (que es el mismo colombiano) optó en definitiva por el sistema de la división forzosa, combinado con la libertad de hacer ciertas mejoras, en el orden de los descendientes legítimos, y de disponer libremente de una parte del patrimonio, y estableció lo que se llama las asignaciones forzosas, dejando en todo caso una parte de libre disposición. Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas". (Curso

de Derecho Civil. Cuarta edición, página 229).

Por haber adoptado el sistema mixto, combinándose el de la división forzosa con el de la libertad de testar, nuestro Código restringe tal libertad en la disposición sucesoral, imponiendo al **de cujus** la obligación de dejar la mitad de su haber patrimonial a determinados asignatarios forzosos, llamados legitimarios. Para la otra media le reconoce libertad, que es absoluta cuando los legitimarios no son descendientes, pero también restringida para la cuarta de mejoras, que necesariamente debe dejarla a sus descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de éstos. (Artículo 23, Ley 45 de 1936).

Legítima rigorosa es la que estrictamente reconoce la ley al heredero legitimario; no depende de la voluntad del testador y es la cuota mínima que le corresponde en una liquidación hereditaria. Si tal legítima rigorosa viene a ser incrementada con aquella porción de los bienes de que el testador pudo disponer, ya a título de mejoras o con absoluta libertad, y no ha dispuesto o quedaron sin efecto sus disposiciones, se convierte en legítima efectiva. (Artículo 1249 del C. C.)

En toda sucesión a la que sólo concurran descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos, la cuarta de mejoras constituye una asignación forzosa, pero reconociéndole al causante o testador cierta libertad e iniciativa en su disposición, ya que puede asignar libremente a uno o varios de tales descendientes, aun cuando no sean legitimarios (artículo 242 del C. C., hoy 23 de la Ley 45 de 1936).

— III —

En esta sucesión sólo han concurrido descendientes legítimos, pero la causante incurrió en un caso de preterición al declarar en su testamento que de su matrimonio tuvo seis hijos, de los cuales cinco murieron sin dejar descendencia. Esta manifestación vino a quedar rectificada en el curso del juicio sucesorio, debido a que se presentaron varios descendientes legítimos de dos de los hijos fallecidos y fueron admitidos a participar en la mortuoria, por derecho de representación. En esto se procedió con estricto cumplimiento de nuestro sistema restrictivo en materia de trasmisión sucesoral, porque si acaso la testadora ignoraba o quiso ignorar la existencia de tales descendientes, el haberse pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima (artículo 1276 del C. C.)

Pero es el caso de que, por una u otra razón, la testadora quiso disponer libremente de su patrimonio, a favor de su hija sobreviviente Emma de Jesús Soto y le hizo la institución en la cláusula cuarta, que dice textualmente:

"Instituyo por mi única y universal heredera de todos mis bienes que resulten después de mi muerte, ya sean fincas raíces o créditos, dinero, muebles, joyas y en general todos los objetos de mi uso personal para que los haya y lleve como lo dispone la ley, y es mi voluntad, a mi nombrada hija Emma de Jesús Soto".

Al estudiar el contenido y alcance de esa cláusula, cuestión que viene a constituír los motivos de tacha en casación, el Tribunal la interpreta en el sentido de que no constituía un acto dispositivo respecto de las cuartas de mejoras y de libre disposición, en tanto que el recurrente, como cesionario de la favorecida y en acuerdo con el juez de primer grado, sostiene que tal cláusula sí constituye un acto de disposición de las dos cuotas mencionadas.

La Corte considera:

Preceptúa el artículo 1127 del C. C. que en la interpretación de las disposiciones testamentarias prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Para conocer esta voluntad se estará más a la sustancia que a las palabras de que se haya servido el testador.

Coincide la Corte con la observación que

hace el Tribunal de que la voluntad jurídica está constituída por dos elementos: uno interno y espiritual, que contiene la intención y el móvil; y otro externo y material, formado por la manifestación o forma externa como se expresa la voluntad. Es evidente que cuando quiera que las palabras empleadas para la manifestación externa dejan subsistir la duda acerca de la intención del agente, tal intención debe ser escudriñada para asegurar su efectividad.

Pero es el caso que la cláusula cuarta del testamento expresa de manera tan clara y nítida la voluntad e intención del testador, su voluntad interna y psicológica, que bien fácil resulta al juzgador hacer prevalecer esa voluntad y hacerla cumplir fielmente, con la única limitación de que tal acto dispositivo de última voluntad no contraríe los textos legales que regulan las asignaciones forzosas, de estricto cumplimiento por ser de orden público.

Las dos estirpes de descendientes legítimos fueron preteridos por la testadora, pero su derecho sucesoral a las legítimas rigorosas vino a quedar a salvo e incólume, con estricta aplicación del artículo 23 de la Ley 45 de 1936, sustitutivo del 1242 del C. C., cuando el partidor, en el primer trabajo de partición, les adjudicó a ambas estirpes las cuotas correspondientes a esas legítimas rigorosas. Tal derecho era la única asignación forzosa protegida por la ley, a la que tenían acceso, y las únicas cuotas que la testadora estaba obligada a respetar por preceptos legales imperativos y superiores a su voluntad. Fuera de tales legítimas rigorosas a favor de las dos estirpes de Luque Soto y Alvarez Soto, la testadora podía disponer de la mitad de la masa global hereditaria, dejándola a cualquiera de sus descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de éstos, respecto de la cuarta de mejoras; o a cualquiera persona, en lo atañedero a la de libre disposición.

Cuando la testadora dispuso libremente de la totalidad de su patrimonio hereditario a favor de su hija Emma, ese acto de última voluntad no podía tener estricto cumplimiento, porque desconocía las asignaciones forzosas de los otros legitimarios. Pero una vez satisfechas tales legítimas rigorosas, al tenor de las previsiones legales, sí podía la testadora asignarles las dos cuartas de mejoras y de libre disposición a su hija legítima Emma de Jesús, y eso fue precisamente lo que hizo en la cláusula cuarta.

Al efecto, ya viene dicho que la institución de heredero en esas dos cuotas hereditarias no es de rigor que se hagan por medio de fórmulas rituales o sacramentales, que no vienen exigidas por nuestra ley positiva. Es suficiente con que aparezca claramente expresada la voluntad del testador respecto de esa institución especial y ès indudable que con toda claridad aparece esa voluntad e intención en el testamento. Si en el caso de autos la testadora instituye heredera universal de todos sus bienes a su hija Emma, con toda nitidez ha expresado su deseo de que los reciba todos, y de que se le adjudiquen sin restricción alguna. Si luego comparecieron otros asignatarios forzosos, es de rigor aceptar el extremo de que éstos sólo pueden reclamar y recibir la cuota correspondiente a sus legítimas rigorosas, que es lo único en que la ley los protege y limita la libertad del testador. Y fluye la conclusión de que una vez reconocidas tales legítimas rigorosas, el saldo de la masa partible debe adjudicarse a la heredera universalmente instituída.

Toda otra interpretación, como la acogida por el Tribunal, no se conforma con la intención y voluntad interna, claramente manifestada por la testadora que, se repite, fue la de que tal heredera recibiera la totalidad de la herencia, expresión que necesariamente debe comprender la de institución de las dos cuartas hereditarias. Es principio o regla de interpretación que quien desea lo más también desea lo menos, y si la testadora quiso en forma clara traspasarle toda su herencia, es evidente que también deseó que percibiera las cuotas que no constituían las asignacio-

nes forzosas. Y una vez recibidas por los otros asignatarios forzosos sus respectivas legítimas rigorosas, nada más podían reclamar, ni menos podían limitar la libertad del testador en lo relativo a las cuartas de mejoras y de libre disposición.

Se deduce de lo expuesto que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación del alcance que realmente tiene la cláusula cuarta del testamento. Tal error lo condujo fatalmente a violar por infracción directa o por interpretación indebida los preceptos legales señalados por el recurrente. Se hace indispensable reparar el agravio judicial inferido a los derechos testamentarios de la heredera Emma de Jesús Soto, o de sus cesionarios, lo que conduce necesariamente a la infirmación de la sentencia acusada, a efecto de poder resolver en instancia lo pertinente.

Sentencia de instancia

Como quiera que el fallo proferido por el Tribunal el 6 de febrero de 1939 declaró fundadas varias objeciones hechas al primer trabajo de partición por los apoderados Montoya y Malo B., es pertinente entrar a estudiar en instancia tales objeciones, a efecto de hacer la declaratoria definitiva de su procedencia o improcedencia.

Objeciones del doctor Montoya.—Primera. — Hace consistir esta objeción en que debió declararse por el juez la nulidad del testamento, con fundamento en que fue presentado en copia de copia y en que en su otorgamiento se omitieron formalidades indispensables exigidas por el artículo 1073 del C. C.

Sea la oportunidad de declarar que la petición de nulidad del testamento, más que una objeción a la cuenta de partición, viene a ser materia de la acción de nulidad o de reforma del testamento, consagrada para tales casos por la ley como derecho sustantivo de acción procesal, y tal acción no ha sido ejercida en este proceso. En forma tal que es improcedente obtener la reforma o nulidad de un acto testamentario por el trámite especial y de carácter limitado de un incidente de objeciones. Para esta finalidad ha consagrado la ley una vía operante, que no es la escogida en este caso por los objetantes. Mientras un testamento no haya sido anulado por sentencia judicial y en vía operante, tiene que reconocerse en juicio y producir sus efectos.

De donde se concluye que por ser impertinente debe rechazarse esta objeción.

Segunda. — La hace consistir en haber adjudicado el partidor a los cesionarios de la heredera Emma de Jesús las cuartas de libre disposición y de mejoras, desconociendo los derechos que confiere la ley a los otros legitimarios. En el Capítulo III de este fallo ya se expresaron las razones que tiene la Corte para darle a la cláusula cuarta del testamento el alcance que efectivamente tiene y que quiso darle la testadora, al dejar como heredera universal a su hija Emma. Tal institución de heredera debe necesariamente interpretarse como que quiso dejarle las dos cuartas hereditarias mencionadas, debiendo únicamente rectificarse la preterición en que incurrió respecto de los otros asignatarios forzosos, rectificación que ya hizo el partidor en su primer trabajo. Basta lo ya expuesto para concluír que carece de fundamento esta objeción y que debe desecharse.

Tercera. — Sostiene el objetante doctor Montoya que la cláusula que instituye heredera universal a Emma de Jesús debe tenerse por no escrita, conforme al artículo 1117 del C. C. Advierte nuevamente la Corte que tal exigencia, más que una objeción tendiente a obtener que se corrija o rectifique algún detalle del trabajo o cuenta respectiva, viene a ser en el fondo una petición sobre nulidad o reforma del testamento, acción que viene consagrada por la ley y que no ha sido la que está **sub judice** en este proceso ni cabía dentro de un incidente de objeciones. De manera que no es pertinente estudiar tal objeción

en la forma en que ha sido presentada por el objetante, es decir, por la vía bien alinderada de una objeción al trabajo de partición. Se rechaza por tan definitiva circunstancia.

Cuarta.—La concreta en el hecho de que el partidor ha desconocido con su trabajo los derechos adquiridos por los nietos mediante el decreto de posesión efectiva de la herencia y su registro en la oficina respectiva. Acepta la Corte la observación del Tribunal de que el decreto de posesión efectiva es una providencia destinada a ser inscrita en la oficina de registro para cancelar las inscripciones hechas anteriormente a favor del causante, con el fin de que cualquiera persona no pretenda hacer enajenaciones de los bienes relictos, tomando el nombre del **de cujus.** Tal decreto confiere a los herederos facultades dispositivas respecto de los bienes sucesorales, pero no autoriza ni establece que en tal caso se prescinda de la partición, la que necesariamente debe hacerse para que el fallo aprobatorio de la partición venga a radicar en cabeza del heredero o legatario los bienes y derechos del causante. El decreto de posesión efectiva no obliga al partidor a adjudicar esos bienes al heredero o herederos a cuyo favor se expidió, ni viola tal decreto el partidor al adjudicarles conforme les corresponda los bienes y derechos de la mortuoria. También se rechaza por infundada esta objeción. Como la quinta y última objeción hace nueva relación al testamento en copia, ya expuso la Corte las razones que tuvo para declararla infundada.

Objeciones del doctor Malo Baños.—Las dos primeras objeciones, que hace consistir en error de derecho y error de hecho cometidos por el partidor al interpretar la cláusula cuarta del testamento, vienen a ser en definitiva y en esencia las mismas objeciones presentadas sobre ese mismo tópico por el doctor Montoya y ya estudiadas en el aparte anterior de esta providencia. Por ese motivo, sirven aquellas razones de fundamento para la decisión que ahora adopta la Corte de desecharlas por improcedentes.

La tercera objeción la califica el objetante de error aritmético y la plantea textualmente así: "Los bienes herenciales valen $ 13,400.00 y las hijuelas sumadas apenas dan $ 12,820.95. Faltan $ 579.05, que se ignora a quién corresponden".

Efectivamente se separó una cuota de inmueble para pago de gastos sin nombrar adjudicatario, lo que la deja sin titular ante el registro. Si los herederos deben cargar con los gastos a prorrata de sus cuotas herenciales, lo natural es adjudicar aquella parte de inmueble a todos ellos conjuntamente en esa proporción, e imponerles el pago o reembolso de tales gastos a quienes comprueben haberlos hecho, sin fragmentar la adjudicación en sí haciéndola en todo o parte a tal o cual persona como acreedor, ni menos dejándola innominada en lo demás.

Como se ve, la Corte acepta las reflexiones del Juzgado a este respecto en su providencia de 2 de junio de 1938. Por tanto, se tiene que el primer trabajo del partidor, acertado en cuanto a las hijuelas de los herederos y que por lo mismo debe conservarse, fue erróneo en la hijuela de gastos, tanto porque la adjudicó en parte al doctor Carlos Delgado Morales como acreedor, cuanto porque la dejó innominada en el resto. Y si a este respecto, así como en lo atañedero a cuotas herenciales, el Juzgado decidió lo que corresponde en ley, su fallo debe confirmarse.

Fallo

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia aprobatoria del segundo trabajo de partición, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el día diez y nueve de septiembre

de mil novecientos treinta y nueve, y confirma la proferida por el Juez Séptimo del Circuito de Bogotá el día dos de junio de mil novecientos treinta y ocho.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

Liborio Escallón, Isaías Cepeda, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, Hernán Salamanca. El Conjuez, Juan Francisco Mújica. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS — RENUNCIA DE LA PRESCRIPCION INTERRUPCION

1. Los dos conceptos de renuncia e interrupción de la prescripción se excluyen, ya que no siendo posible renunciar una prescripción sino después que se ha cumplido por el vencimiento del plazo señalado en la ley, la renuncia excluye la posibilidad de ocurrencia del fenómeno contemplado en el artículo 2544 del C. C., puesto que los lapsos de tiempo prescriptivos ya cumplidos no son susceptibles de interrupción, y a la inversa, las prescripciones interrumpidas no pueden ser objeto de renuncia. Lo uno o lo otro, pero no los dos fenómenos jurídicos. — 2. La renuncia expresa de la prescripción es fácilmente comprobable de acuerdo con las reglas generales del derecho probatorio. No así en tratándose de la tácita. Exigiendo la ley que el hecho propio de quien pueda alegar la prescripción cumplida equivalga al reconocimiento del derecho del acreedor, la única norma general y esencial que ha de tenerse en cuenta para deducir justamente el fenómeno de la renuncia tácita, es la de que ese hecho o acción sea inequívocamente expresivo del ánimo de reconocer la deuda o de abandonar un derecho adquirido. El hecho del beneficiario de una prescripción cumplida no puede ser equívoco en el sentido de expresar su reconocimiento del derecho legalmente abolido, sino que ha de ser "un hecho que sea incompatible con la voluntad de valerse de la prescripción", como con más claridad que el nuéstro lo estatuye el código italiano. — 3. El hecho de no haberse cobrado el precio del salario en un contrato de arrendamiento de servicios durante cierto lapso de tiempo, no puede equipararse a concesión de plazo porque, como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, no habría nunca lugar a la consumación del término prescriptivo de la acción.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca).

Por libelo introducido al Juzgado 1º del Circuito del Guamo el día 29 de julio de 1932, Samuel Guzmán, por medio de apoderado, inició juicio ordinario contra la sucesión intestada de Luis Rincón S., representada por sus herederos Luis y Julio Rincón Bonilla, Celmira Rincón de Herrán y Graciela Rincón de Arciniegas, para que en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones.

"1ª Que la sucesión del señor Luis Rincón S., está obligada a pagarle al señor Samuel Guzmán O., dentro del plazo que fije la sentencia, la suma de siete mil novecientos ochenta pesos moneda corriente, valor de los servicios prestados por el mencionado señor Guzmán O. al señor Luis Rincón S., en las fincas rurales de éste, durante el tiempo de diez y nueve años, contados desde septiembre aproximadamente de 1912 hasta el día ocho de octubre de 1931, fecha de la muerte del señor Rincón S., a razón de treinta y cinco pesos mensuales, o en subsidio la suma que fijen peritos dentro de este juicio como valor de los mismos servicios anotados y durante el tiempo indicado;

"2ª Que la sucesión del señor Luis Rincón S. está obligada asímismo a pagar al señor Samuel Guzmán O., mencionado, dentro del mismo plazo la suma de tres-

cientos quince pesos moneda corriente a razón de treinta y cinco pesos mensuales durante nueve meses, o la que determinen peritos en este juicio, por los servicios que como administrador de la finca rural de Pringamosal de propiedad de la sucesión del citado señor Rincón S., ha venido prestando el señor Guzmán O. desde el día 8 de octubre del año pasado, fecha de la muerte del señor Rincón S. hasta hoy, más lo que devengue el señor Guzmán hasta cuando cese en sus funciones de administrador de la finca antes mencionada;

"3ª Que la misma sucesión está obligada a pagar al nombrado señor Guzmán O. los intereses legales sobre las sumas devengadas ya dichas desde que se hicieron exigibles hasta cuando se verifique el pago de ellas, y

"4ª Que se condene en costas a la sucesión demandada si sus representantes mencionados se opusieren a esta demanda".

Los hechos capitales en que se apoya la demanda pueden reducirse, compendiando su enumeración, a que desde el mes de septiembre, aproximadamente, del año de 1912, por virtud de mutuo acuerdo entre Luis Rincón S. y el demandante, éste entró a prestarle sus servicios como mayordomo o criado o sirviente en sus fincas rurales del punto de Pringamosal, en jurisdicción del Guamo, atendiendo a la construcción y composición de cercas y bebederos de sus predios, al aseo, cura, herraje y marca de los ganados, etc., hasta el 8 de octubre de 1931, fecha en que falleció Luis Rincón S. sin haber pagado en todo ni en parte el valor de los servicios prestados sin interrupción, que montan la cifra de la demanda a razón de treinta y cinco pesos mensuales en diez y nueve años; y que muerto el causante de la sucesión demandada el actor ha continuado prestando los mismos servicios en las mismas fincas "por acuerdo con el depositario de los bienes de la sucesión del extinto señor Rincón Sanabria, doctor Jorge T. Lozano", sin que éste "ni en su carácter de depositario de los bienes de la sucesión, ni en su carácter particular", le haya pagado al demandante Guzmán el valor de sus servicios en la época y por la suma a que se refiere la segunda de las peticiones de la demanda.

Por medio de apoderados contestaron oportunamente los demandados oponiéndose a que se hicieran las declaraciones suplicadas, negando los hechos principales de la demanda y proponiendo entre otras, las excepciones perentorias de prescripción, carencia de acción, inexistencia de la obligación, petición de un modo indebido y compensación.

El Juzgado del Circuito absolvió a la sucesión demandada en la sentencia de fecha 29 de abril de 1935 con que finalizó el primer grado del juicio.

Sentencia acusada

El recurso de apelación que oportunamente interpuso el actor contra el fallo del Juzgado dio lugar a la segunda instancia que se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y que terminó con la sentencia definitiva aprobada con un voto disidente y fechada el 21 de agosto de 1939, revocatoria de la apelada, y en la cual se resolvió:

"1º No están probadas las excepciones propuestas por los demandados.

"2º La sucesión de Luis Rincón Sanabria, representada por sus herederos, está obligada a pagarle a Samuel Guzmán dentro de tres días, la cantidad de dos mil noventa pesos por los servicios prestados desde el 1º de octubre de 1912 hasta el 31 de marzo de 1930 — doscientos nueve meses — a razón de diez pesos mensuales.

3º Por la suma expresada no tienen que pagar interés alguno los herederos condenados al pago, siempre que éste sea hecho dentro del término dicho.

4º La remuneración que a Samuel Guzmán le corresponde por los servicios prestados desde el 1º de abril de 1930 hasta el 14 de julio de 1932, se estimarán en la ejecución de la sentencia en la forma prescrita en el artículo 553 del C. J., tomándose para ello como bases las establecidas en el capítulo respectivo de este fallo.

5º No se condena al pago de costas por

estimarse que las que le correspondería pagar a la parte opositora están compensadas con las que la contraparte debería pagar por exceso en la demanda (artículo 210, C. J.)"

Esta es la parte resolutiva de la sentencia que ha sido acusada ante la Corte en el recurso de casación legalmente interpuesto por la parte demandada, que hoy se procede a decidir por estar procedimentalmente preparado.

La motivación principal de este fallo acusado se puede resumir así:

En la primera parte, la más importante y dilatada de la sentencia, estudia el Tribunal la cuestión relacionada con la fuente jurídica de la obligación cuyo cumplimiento se demanda, para lo cual analiza a la luz de las pruebas procesales si los servicios prestados por Guzmán a Rincón Sanabria, sobre cuya realidad no hay duda, provienen o fueron el fruto del consentimiento recíproco de estos dos hombres, en cuyo caso puede tratarse de un contrato de mandato o de uno de arrendamiento de servicios, o si faltando el consentimiento de Rincón, las agencias de Guzmán fueron oficiosas, caso en el cual la fuente de la prestación demandada sería cuasicontractual. Descartada la posibilidad jurídica de la existencia de un mandato por no versar las actividades de Guzmán sobre actos jurídicos en que obrara en lugar y a nombre y en representación de Rincón, y descartada igualmente la posibilidad de que hubiera existido un cuasicontrato de Rincón Sanabria en relación con los servicios de su criado, concluye que los servicios sobre cuyo valor versa este pleito se originaron y prestaron por virtud de un contrato de trabajo o arrendamiento de servicios por haber "existido el mutuo acuerdo entre el dueño de los bienes y quien se los recibió para cuidárselos y velar por ellos".

Ningún reparo formula el Tribunal en torno de la prueba testimonial con que se acreditó el contrato de locación de servicios, que no tenía por qué celebrarse por escrito porque no es solemne, y que aunque según el artículo 2046 del C. C. puede estipularse por más de un año, no hay inconveniente para considerarlo renovado por anualidades sucesivas. Respecto de la remuneración por los servicios, no acepta la sentencia el salario fijado en la demanda en $ 35 mensuales, sino que, con base en el dictamen pericial producido al efecto y aceptado en parte, lo determina en la suma de $ 10 mensuales para los doscientos nueve meses corridos del 1º de octubre de 1912 hasta el 31 de marzo de 1930, y a partir de esta fecha y hasta el 14 de julio de 1932, en que fue hecha la entrega de las fincas a los herederos, se limita el Tribunal a reconocer el hecho de que los servicios se prestaron pero dejando la determinación de su valor al trámite del artículo 553 del C. J., por considerar que en esta segunda época los servicios de Guzmán se redujeron por haber entregado algunas de las fincas de la sucesión en que trabajaba.

Por lo que hace a las defensas exceptivas propuestas por los demandados, la de compensación, consistente en que los referidos servicios contratados fueron remunerados, según costumbre usada por Rincón Sanabria con los cuidanderos de sus haciendas, con el usufructo o "producidos de las mismas fincas", el Tribunal no encontró mérito para declararla probada; y respecto de la de prescripción, única a que dedica capítulo separado, consideró que era improcedente, porque dedujo su renuncia tácita del hecho de haber opuesto al mismo tiempo la excepción de compensación, y porque interpretó, además, que la confianza que recíprocamente se profesaban patrón y criado "los indujo a las renovaciones periódicas del concierto, y a Guzmán a la concesión de plazos para que Rincón le pagara su remuneración. Y estas concesiones vinieron a interrumpir la prescripción".

El recurso

Se invoca para fundarlo el primero de los motivos que enumera el artículo 520 del C. J., por ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva por infracción directa. En cuatro cargos, formula-

dos separadamente en la demanda, se hace consistir la acusación contra el fallo recurrido. Acepta expresamente el recurrente la tesis fundamental de la sentencia de que las obligaciones sobre que versa este pleito surgieron como consecuencia de un contrato de locación de servicios celebrado entre Luis Rincón Sanabria y el demandante Guzmán, y hace consistir el motivo de sus tres primeros cargos en la violación de los arts. 1767 del C. C., 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, 703 del C. J. y 2308 y 3212 del C. C. por haber aceptado simple prueba testimonial para demostrar la existencia del referido contrato de cuantía superior a quinientos pesos, considerando que era imposible exigir la prueba escrita de tal convención, y porque el Tribunal, no obstante haber afirmado que la fuente de las obligaciones era contractual, aduce también en algún pasaje de la parte motiva de la sentencia, como base de tales prestaciones, el vínculo cuasicontractual, de coexistencia jurídica imposible.

La Corte deja de lado los precitados cargos, que apenas menciona sintéticamente, para concretar el estudio del recurso en relación solamente con el formulado en cuarto lugar, haciendo uso de la facultad que concede el artículo 538 del C. J. por encontrarlo fundado y bastante para infirmar el fallo acusado.

Versa esta acusación sobre las conclusiones a que llegó el sentenciador al estudiar la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción, invocada por los demandados al contestar la demanda, y se hace consistir en que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al afirmar que Guzmán concedió plazos a Rincón para el pago de sus salarios, error éste que indujo a la violación del artículo 2544 del C. C., por indebida aplicación, al declarar interrumpido el término que para esta prescripción señala el artículo 2543 del C. C. en relación con los artículos 2512 y 2535 de la misma obra que resultan también violados por falta de aplicación. Como directamente infringido por interpretación errónea indica también el recurrente el artículo 2514 del código precitado, en que incurrió el Tribunal al declarar que los demandados renunciaron tácitamente a la prescripción por haber opuesto la excepción de compensación, que implica el reconocimiento de la deuda.

La Corte considera:

El Tribunal se expresa así en la parte atinente de su fallo:

"Cuando se alega, pues, una compensación, se reconoce una deuda que se enfrenta con otra deuda equivalente. Y si no se puede oponer compensación sino a **lo que se debe**, el deseo de compensar lo que ya está prescrito implica de suyo el reconocimiento de la obligación ya extinguida, y esto, dice la jurisprudencia, "es una renuncia de la prescripción". (Tribs. T° 2°, N° 4300).

"..... Ante el hecho escueto del servicio prolongado y no interrumpido de Guzmán — establecido por testimonios y refrendado por la orden judicial para seguir en ellos — no cabe duda de que ni Rincón halló causa para despedir a Guzmán, ni éste la halló para retirarse del servicio de aquél. La confianza que recíprocamente se profesaban los indujo a las renovaciones periódicas del concierto, y a Guzmán a la concesión de plazos para que Rincón le pagara su remuneración. Y estas concesiones vinieron a interrumpir la prescripción (artículo 2544, C. C.) Para Baudry Lacantinerie actos como los que menciona el artículo 2274 del Código de Napoleón — que corresponde al 2544 del colombiano — no solamente interrumpen la prescripción, sino que cambian ésta, es decir, que la nueva prescripción no es la excepcional de corto tiempo, sino la general. Nuestro comentador Fernando Vélez dice a su turno: "Por cualquiera de estos tres medios (los establecidos en el artículo 2544) queda interrumpida la prescripción de corto tiempo y el acreedor gozará del plazo de veinte años para poder exigir lo que se le debe, es decir, que su derecho no prescribirá ya sino en veinte años; pero en diez se pierde el derecho para cobrar ejecutivamente".

Lo primero que salta a la vista al con-

siderar las dos razones en que el Tribunal se funda para rechazar la prescripción invocada, renuncia e interrupción, es la contrariedad y exclusivismo que existe entre ellas, no advertida por el recurrente, ya que no siendo posible renunciar una prescripción sino después que se ha cumplido por el vencimiento del plazo señalado en la ley, la renuncia excluye la posibilidad de ocurrencia del fenómeno contemplado en el artículo 2544 del C. C. puesto que los lapsos prescriptivos ya cumplidos no son susceptibles de interrupción, y a la inversa, las prescripciones interrumpidas no pueden ser objeto de renuncia. Lo uno o lo otro, pero no los dos fenómenos jurídicos. En este caso, ninguno de los dos, por las razones que en seguida se expresan:

La prescripción extintiva, cuyo fundamento es más que una presunción de renuncia la conveniencia de evitar la inseguridad social que determinaría el dejar indefinidamente al capricho de los hombres el reclamo y ejercicio de sus derechos, puede ser renunciada expresa o tácitamente con la sola condición de que se haya cumplido. Ningún requisito especial de forma exige la ley para la validez de este acto de disposición autorizado y definido en el artículo 2514 del C. C., que dice:

"La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida. Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos".

Resultando la renuncia expresa de una declaración de la voluntad, fácilmente comprobable de acuerdo con las reglas generales del derecho probatorio, su establecimiento no ofrece ninguna dificultad. No así en tratándose de la que puede hacerse tácitamente, en que siendo indispensable interpretar un hecho para saber si constituye un reconocimiento del derecho del acreedor, no es posible resolver las cuestiones a que dé lugar con aplicación de ninguna regla precisa y especial sino en consideración de las modalidades y circunstancias que presente cada caso, en el hecho y en la intención. Exigiendo la ley que el hecho propio de quien pueda alegar la prescripción cumplida equivalga al reconocimiento del derecho de su acreedor, la única norma general y esencial que ha de tenerse en cuenta para deducir justamente el fenómeno de la renuncia tácita, es la de que ese hecho o acción (la omisión en alegar la prescripción es legalmente renuncia) sea inequívocamente expresivo del ánimo de reconocer la deuda o de abandonar un derecho adquirido. El hecho del beneficiario de una prescripción cumplida no puede ser equívoco en el sentido de expresar su reconocimiento del derecho legalmente abolido, sino que ha de ser "un hecho que sea incompatible con la voluntad de valerse de la prescripción", como con más claridad jurídica que el nuestro lo estatuye el código italiano.

Luégo de oponer oportunamente, como ya se dijo, el apoderado de los demandados, la excepción perentoria de prescripción de la acción de dos años del artículo 2553 del C. C., agrega que opone **subsidiariamente** la de compensación que se hace consistir en que Samuel Guzmán usufructuó en su provecho exclusivo parte de los bienes y semovientes de Luis Rincón Sanabria durante el tiempo en que se dice que él le prestó sus servicios de criado. El hecho de haber alegado esta pretendida compensación, que no se refiere a deuda originariamente distinta de los servicios mismos, sino que, como antes se dejó advertido, buscó más bien establecer el pago de la remuneración del criado con algunos usufructos parciales o "gangas", como dicen los testigos, no puede tener en manera alguna la significación inequívoca que se le da en la sentencia de reconocimiento del derecho del acreedor demandante para asignarle el efecto de una renuncia tácita de la prescripción, que también fue alegada. El hecho que el Tribunal tuvo bajo su interpretación no es la compensación misma, que de ser parcial con una deuda prescrita sería reveladora

del ánimo de renunciamiento, sino simplemente el hecho procesal de haber opuesto a la acción de cobro la excepción de compensación, que lejos de ser expresivo de la voluntad de reconocimiento de derecho, es precisamente, como corresponde a la actitud defensiva, la expresión del propósito de negar la existencia de la obligación demandada. Por lo demás, el carácter de subsidiaria con que fue propuesta esta excepción de compensación está diciendo que tal defensa, como la lógica jurídica lo impone, estuvo subordinada en el pensamiento y en el propósito de quien la propuso a la prosperidad de la prescripción, invocada en primer término.

El Tribunal afirma en su sentencia, como ya se advirtió antes, que las prestaciones que se han demandado en este litigio se generaron en un contrato de arrendamiento de servicios de criado o sirviente celebrado entre Rincón Sanabria y el demandante Guzmán, y este extremo de la sentencia, en cuanto a la realidad de que los servicios fueron prestados, no es objeto de ninguna rectificación ni cargo en la demanda de casación. La prestación de esta clase de servicios personales, de acuerdo con las reglas legales que gobiernan esta especie de convención, no habiendo mediado contrato por escrito, no puede pactarse por plazo mayor de un año, ni entenderse naturalmente que se han concertado por un término distinto de éste en caso de que nada se haya establecido al respecto; pero nada impide legalmente, como parece que sucedió en este caso, que el contrato de arrendamiento del criado haya sido renovado sucesivamente y a medida que fueron cumpliéndose los períodos anuales que permite la ley para su duración.

En este mismo entendimiento dice la sentencia: "Exigir la prueba escrita del contrato de trabajo celebrado entre Rincón Sanabria y Samuel Guzmán, es exigir un imposible. Porque seguramente ni Rincón ni Guzmán quisieron en un principio vincularse por un período tan dilatado como el que resultó al establecerse la demanda; y ni aun habiéndolo querido, habrían podido hacerlo, por la prohibición terminante del artículo 2046 del C. C. Si lo hubieran estipulado así, habrían contravenido el derecho público colombiano que no permite que la libertad ciudadana se comprometa en conciertos de largo plazo. Un contrato celebrado contra esa prohibición, habría sido nulo (artículos 1519 y 1523 del C. C.) En cambio, sí podían renovar indefinidamente el contrato de arrendamiento de servicios, y mientras el precio no llegara a quinientos pesos por año, no tenían necesidad, para renovarlo anualmente, de escritura ni de documento, porque el contrato de arrendamiento no es contrato solemne".

No ofrece duda el proceso, ni tampoco es cuestión debatida en el recurso, de que el contrato de que se trata es el que reglamenta el capítulo 7º del título 26 del libro cuarto del código civil, referente a servicios que se prestan mediante un salario y que se determinan por el contrato o por la costumbre del país. La acción judicial para el cobro de estos salarios es una de las que prescriben en corto tiempo, en dos años, según lo establece el artículo 2543 del C. C., para lo cual la ley exige solamente que durante este lapso no se haya ejercitado. La modalidad esencial que corresponde a este contrato de arrendamiento y que reduce la posibilidad de estipular su duración por más de un año, cuando no se celebra por escrito, determina asímismo la prescripción periódica y progresiva de la acción de cobro, a medida que fueron cumpliéndose los plazos anuales y que pudieron exigirse los salarios correspondientes al período, ya que al tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. (Artículo 2535, C. C.)

Ningún apoyo en la realidad procesal ni en la ley tiene la conclusión a que llegó el Tribunal sobre el hecho de que a la vez que el contrato de concierto en referencia fue renovado periódicamente a lo largo de los años a que se refiere la demanda, Samuel Guzmán, el criado, fue

concediendo plazos a Rincón Sanabria para el pago de sus emolumentos, porque si en verdad la renovación contractual es un hecho que legalmente puede presumirse en presencia de unos servicios convenidos y prestados durante muchos años, no así lo relacionado con la concesión de plazos para el pago de los salarios, pues fuera de que dentro de las circunstancias propias de esta especie de contratos resulta inusitada esta omisión total en el cobro del precio de los servicios en lapso tan dilatado, el plazo es una modalidad jurídica que no puede ser objeto de presunciones sino el resultado de una expresión de consentimiento y voluntad. No hay en el expediente, en realidad, ninguna prueba que permita deducir este fenómeno de la concesión de plazos para el pago de los salarios que el Tribunal erradamente tuvo por establecido contra la evidencia manifiesta de los autos y del que dedujo la interrupción del término prescriptivo de la acción de cobro. Es injurídico concluír que se concedió plazo indefinido para cobrar el precio del servicio por la circunstancia de no existir testimonio de haberse cobrado el salario, porque, como se dijo atrás, además de lo increíble de esta omisión crónica durante tánto tiempo, no puede equipararse a concesión de plazo la falta de cobro o de requerimiento porque de esta manera, como ya lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, no habría nunca lugar a la consumación del término prescriptivo de la acción.

No es impertinente transcribir aquí la acertada consideración de carácter general que en torno de este particular consigna el salvamento de voto que aparece a continuación de la sentencia acusada. "Por otra parte, — dice el Magistrado disidente, — me resisto a creer que un hombre pobre, sometido a un simple salario y sin otros recursos que los derivados de su trabajo muscular, hubiera podido dejar en poder de su patrón todos los salarios devengados por servicios, viniendo así a superar la verdadera noción de la previsión o el ahorro que, precisamente, consiste en dejar parte de la renta con destino a la satisfacción de las necesidades del porvenir. Si fuera viable suponer que el criado ahorró salarios, la suposición podría referirse a parte de aquéllos, pero no a todos. Peca aquella suposición por exceso, y en derecho, lo que prueba demasiado nada prueba. La hipótesis reviste todas las características de la imposibilidad, y, por ende, no es dable deducir de ella, en la forma que lo hace la sentencia, el hecho posible. Tratándose de arrendamiento de servicios, que presumen el pago mensual, existe una presunción del pago periódico de aquéllos, porque no es concebible ni aceptable que personas que viven de su trabajo diario permanezcan por tántos años al servicio del patrón sin cobrar remuneración, ya que se supone que ellas viven de esa remuneración diaria o mensual....."

Las consideraciones que van expuestas demuestran la falta de fundamento con que procedió el Tribunal al declarar como cumplidos y demostrados los fenómenos jurídicos de renuncia tácita e interrupción de la prescripción de corto tiempo que consagra el artículo 2543 del C. C. para las acciones en que se persiga por dependientes y criados el pago de sus salarios, legalmente invocada en este caso, y sirven a la vez que para deducir las infracciones de ley sustantiva que el recurrente señala en su demanda, para fundar la resolución de reemplazo que debe proferirse en virtud de haber prosperado el recurso de casación.

Con aprovechamiento acertado de las pruebas que ofrece el expediente especialmente las posiciones absueltas por el actor en este juicio, el Tribunal divide en dos épocas distintas el lapso total en que se dice estuvo el demandante Guzmán al servicio de Rincón Sanabria en condición de criado, en razón del número de fincas del patrón que el sirviente cuidaba: es la primera la que corre desde el 1º de octubre de 1912, en que comenzó la prestación de los servicios, hasta el 31 de marzo de 1930, en que según propia declaración de Guzmán entregó a su patrón tres de las fincas en que trabajaba a su servicio. Todo este período cae bajo los efectos de la pres-

cripción a que se ha hecho referencia y que cobija hacia atrás del 5 de septiembre de 1930, fecha ésta hasta la cual se extiende el último bienio prescriptivo a contar del 5 de septiembre de 1932, día en que quedó legalmente notificada la demanda de este pleito. Como el demandante Guzmán asevera en su demanda que estuvo al servicio de Rincón Sanabria hasta el 8 de octubre de 1931, en que falleció el patrón, resulta que el único lapso de locación de servicios que no ha sido esterilizado por la prescripción de la acción de cobro es el que va del 5 de septiembre de 1930 hasta la precitada fecha de la muerte de Rincón Sanabria.

El pedimento contenido en la segunda de las súplicas de la demanda, referente al valor de los servicios que Guzmán dice prestó en la finca rural de Pringamosal, de propiedad de la sucesión de Rincón Sanabria, a contar desde el día de su muerte y hasta cuando cese de prestarlos, por acuerdo celebrado con el depositario de los bienes relictos, no puede prosperar, porque en esta parte la demanda adolece evidentemente de improcedencia o petición de un modo indebido, ya que versando sobre servicios sobrevinientes a la muerte de Rincón Sanabria no puede enderezarse su acción de cobro contra su sucesión, como se ha hecho, y como si se tratara de una deuda hereditaria. Las prestaciones que se originan en este nuevo concierto que el mismo actor dice haber celebrado con el depositario de los bienes sucesorales, no vincula directamente a la sucesión como deudora por el precio o salario de esos servicios.

La fijación del valor de los servicios en los trece meses y tres días que separan el 5 de septiembre de 1930 del 8 de octubre de 1931, se hará, como está dispuesto en la sentencia recurrida, en la forma prescrita por el artículo 553 del C. J., por no dar el proceso base probatoria para determinarlo, pero teniendo en cuenta que este período es el que el Tribunal llama "de servicios mermados". Para la época anterior a ésta, en que los cuidados de Guzmán abarcaban todas las fincas de Rincón Sanabria, comprendida dentro de la prescripción, la sentencia había fijado diez pesos como salario mensual con base en la prueba pericial producida al efecto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 21 de agosto de 1939, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, y revocando la de primera instancia pronunciada por el Juzgado del Circuito del Guamo del 29 de abril de 1935, falla este pleito así:

1º Declárase probada la excepción de prescripción de la acción intentada en la demanda, por los servicios prestados con anterioridad al cinco de septiembre de mil novecientos treinta.

2º La sucesión de Luis Rincón Sanabria, representada por sus herederos, está obligada a pagarle al demandante Samuel Guzmán el salario correspondiente a los servicios que le prestó como criado en trabajos de la finca Pringamosal, en jurisdicción del Guamo, del cinco de septiembre de mil novecientos treinta hasta el ocho de octubre de mil novecientos treinta y uno, justipreciados en la forma que establece el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las consideraciones que al respecto contiene la parte motiva de este fallo.

3º No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda, y en razón de ellas, por consiguiente, se absuelve a la parte demandada.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda — Fulgencio Lequerica Vélez — Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OPOSICION A LA ENTREGA DE UNA MINA

El dominio del Estado sobre las minas se presume: la propiedad particular de ellas debe acreditarse con los precisos elementos probatorios correspondientes cuando quiera que se formula oposición a la posesión pretendida por alguien como denunciante.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En mayo del año en curso se repartió en esta Superioridad. la presente causa. Fijada en lista y admitido el recurso de casación, se decretaron en su orden los traslados de ley, sin que el opositor evacuara el que recibió de la demanda de casación del recurrente, quien solicitó audiencia pública, la que tuvo lugar el 20 de agosto último. El informe presentado entonces por el Sustanciador de conformidad con los artículos 534 y 761 del C. J. resume los antecedentes y objeto del pleito, los fundamentos de la sentencia recurrida y los cargos que contra ella se formulan, por lo cual a continuación se trascribe. Dice:

"Los antecedentes de este juicio ordinario de Roberto Hunter contra Elías González están claramente expuestos como hechos fundamentales de la demanda inicial, que se resumen así: 1º El 14 de agosto de 1933 avisó Hunter la continuación norte de la mina de antiguo descubrimiento El Carmen, en la Alcaldía de Herveo; 2º Trascurrieron noventa días sin denunciarla en la Gobernación, y el 14 de noviembre de ese año Hunter la avisó de nuevo en la Alcaldía; 3º Basado en este último aviso, Guillermo Elías Hunter, en memorial de 10 de febrero de 1934, antes de vencerse los noventa días hábiles, denunció esa continuación a la Gobernación del Tolima para sí y su hermano Roberto; 4º La Gobernación, admitida la denuncia, el 18 de junio de 1934 ordenó dar posesión a los Hunter y al efecto comisionó a dicha Alcaldía; 5º Hunter acudió a ésta en oportunidad a obtener la posesión; 6º A ésta se opuso González diciendo que afectaría la mina de El Carmen y su continuación suroeste llamada California, así como la mina de Santa Elena, colindante con El Carmen al noroeste; 7º Este razonamiento de González da lugar a juicio de deslinde; 8º Lo que pretenden los Hunter como continuación norte de El Carmen es un sector de terreno que no forma parte de esa mina ni de la de Santa Elena, y "es algo que no pertenece al opositor, algo que es de la Nación" y que ellos piden se les adjudique.

Fundado en estos hechos y en los artículos 5 a 8 y concordantes del C. de Minas y leyes y decretos adicionales y reformatorios, pide el demandante Hunter se declare en sentencia definitiva que la oposición de González es inadmisible por hecha fuera del término legal y que, como consecuencia de esa declaración, se disponga devolver las diligencias al Alcalde de Herveo para que cumpla la comisión de la Gobernación sobre entrega. A estas peticiones principales, agrega como subsidiarias: que el juicio ocasionado por la oposición de González es de deslinde y, por tanto, debe darse a los Hunter posesión de la continuación norte de El Carmen, dejando a González expedita la vía para deslindar esa continuación y la mina de Santa Elena; que entre los rectángulos de esas dos minas existe una zona de terreno aurífero que no forma parte de ellas y que es la que los Hunter

pretenden como continuación norte de El Carmen; que los Hunter tienen derecho a la posesión de esa zona como denunciantes, y que González debe pagarles las costas de este juicio.

Este señor contestó oponiéndose a las pretensiones del libelo y respondió los hechos así: Son ciertos del 1º al 5º y también el 6º. Agrega sobre éste que posee la mina de El Carmen, restaurada en 1911, por los linderos y con los contenidos que detalla, y que dentro de ese perímetro "están situadas: la casa de La Albania, aproximadamente en el centro de la mina; la quebrada de Guarumo al sur de la casa, y unas excavaciones antiguas hechas por mi cuenta en el año de 1917 y otras excavaciones hechas recientemente por el señor Roberto Hunter, situadas todas al norte de la casa mencionada. Hacia el suroeste de la mina de El Carmen está situada la mina California, titulada como continuación suroeste de la de El Carmen, y hacia el norte de la mina de El Carmen está situada la mina denominada Santa Elena que colinda con la primera sin solución de continuidad. Estas son mis propiedades, legalmente adquiridas y adquiridas por títulos saneados". Se refiere en seguida a que los denuncios de los Hunter, comenzando por el de 10 de febrero de 1933, son inciertos y hablan tanto de continuación sur o suroeste como de continuación norte o noroeste de El Carmen y señalan esta mina como abandonada por el mismo González, el señor Clímaco Vélez y otros; y formula una comparación de linderos de que deduce que lo denunciado como continuación de El Carmen no es tal continuación, porque queda dentro de ésta.

Niega el hecho 7º y dice que al tratarse de continuación al norte, como el rectángulo de El Carmen es preciso, no hay lugar a deslinde, y si no se trata de continuación, sino de algo que está dentro del perímetro de aquélla, tampoco cabe deslinde, porque se trata de mejor derecho sobre una misma cosa. Añade que la denuncia de los Hunter como continuación norte de El Carmen está infirmada por los títulos de ésta y de Santa Elena.

Contesta el hecho 8º negando que haya espacio libre de terreno mineral para denunciar entre estas dos minas. Los mojones del lado norte del rectángulo de El Carmen están a inmediación del camino entre El Guarumo y El Brasil, y los del sur o suroeste del rectángulo de Santa Elena están también a inmediaciones del camino; esos mojones se enfrentan y acercan entre sí sin lugar a espacio libre denunciable. Cita el artículo 26 del C. de Minas.

Antes de adelantar el relato, debe advertirse que cuando llegaron de la Gobernación a la Alcaldía de Herveo las diligencias determinadas por la denuncia de Hunter, se hizo la notificación del caso a González, señalado entre los antiguos poseedores, y entonces mismo éste se opuso y solicitó que la entrega se suspendiese, en lo que insistió por memorial en que también pide el envío de esas diligencias al Juzgado del Circuito del Fresno, ante el cual se ventilaría la cuestión en el pleito correspondiente; y que remitidas en efecto a ese Juzgado, allí se decidió, en vista de una certificación sobre títulos aducida por González, que el actor no sería él sino Hunter, a quien se dio traslado de la oposición para que formulase su demanda. (Artículo 54 de la ley 292 de 1875).

Esta demanda es la que ya queda aquí descrita con su respuesta.

El Juzgado, tramitada la primera instancia, la falló el 23 de mayo de 1939 absolviendo a González por no ser el caso de hacer las declaraciones pedidas como principales ni tampoco las subsidiarias.

Apelada por el apoderado de los Hunter, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Ibagué, quien la decidió el 15 de diciembre de ese año confirmando aquélla.

El razonamiento del Tribunal se sintetiza así: la oposición no puede ser anterior al denuncio o al conocimiento que de él tenga el opositor; por tanto, si González se opuso desde la primera notificación no cabe calificar su oposición de extem-

poránea, y no pudiendo hacerse esta declaración, no puede hacerse tampoco la que se solicita como su consecuencia, o sea, la de que las diligencias hayan de devolverse a la Alcaldía para que cumpla su comisión de entregar a Hunter. Esto, respecto de las solicitudes principales; cuanto a las subsidiarias, que no es procedente un juicio de deslinde, porque lo que González sostiene es que es dueño de lo que pretende Hunter, y esto indica que no se trata de disputa sobre linderos, y además, si los Hunter no tienen sino mera espectativa de adquirir por adjudicación lo que sostienen que hoy es del Estado, no cabe, al menos por prematuro, ese juicio de deslinde. Agrega el Tribunal, trascribiendo lo pertinente de la sentencia del Juzgado, que la resolución de la Gobernación fija dentro de la mina de El Carmen lo denunciado por los Hunter, al tenor del respectivo denuncio; de suerte que no podría por virtud de éste y de aquélla entregárseles una zona que ellos mismos afirman ser distinta de El Carmen y estar situada entre El Carmen y Santa Elena.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia y concedido y admitido, el abogado de Hunter ante la Corte presentó en oportunidad su demanda, en la que invoca el motivo 1º de los del art. 520 del C. J. y dentro de él formula en sendos capítulos los siguientes cargos:

I. Aplicación indebida del artículo 54 de la ley 292 de 1875 e infracción directa del artículo 408 del C. de Minas, porque se ha tenido a González por exento de su obligación de presentar sus títulos, ante la simple consideración de haber quedado en firme el auto que declaró que él debía reputarse demandado y Hunter ser el actor; porque se dio por suficiente el certificado sobre existencia de títulos que sirvió de base a esa providencia, y porque si en la oposición proveniente de un deslinde u ocasionada por éste es forzosa la presentación del título so pena de no surtir ella el efecto y llevarse a cabo la posesión, con más veras ha de exigirse éste en juicio como el presente que versa sobre la propiedad misma y sobre mejor derecho a adjudicación.

II. Error de derecho en la apreciación de la prueba de presunciones, el que dio por resultado la violación de los artículos 762, inciso 2º del C. Civil y 1º, numeral 2º, y 2º del de Minas, éstos por infracción directa y aquél por aplicación indebida. La presunción en favor del poseedor establecida para lo civil, no reza con las minas, en donde la hay en favor del denunciante. Si el opositor no la destruye, aquél triunfa, porque prevalece el concepto de pertenecer la mina al Estado, en cuanto el ocupante no demuestre que tiene título y que ha llenado sus restantes deberes. A falta de esto, se presume que la mina permanece en el dominio del Estado y por ende se acoge el derecho del denunciante.

III. Error de derecho o error evidente de hecho en la apreciación del certificado que Juez y Tribunal tuvieron como comprobación satisfactoria del derecho o calidad invocados por González, y consiguiente violación de los artículos 1º, 2º, 70, 94 y 303 del C. de M., 18 y 19 de la ley 292 de 1875, 1740 y 1741 del C. C., y 2º de la ley 50 de 1936 o 15 de la 95 de 1890, si se considera que ésta es la aplicable al caso del pleito. Ese artículo 303 establece cómo se adquiere y conserva la posesión regular y, por tanto, cómo se prueba el dominio, y las demás disposiciones citadas del mismo Código establecen cómo se forman y aducen los títulos, al paso que las restantes disposiciones dichas, o sea, las del C. Civil y leyes que lo reforman, castigan con nulidad la falta de formalidades o solemnidades, en su caso. Y aquí se satisfizo el Tribunal con un certificado alusivo a títulos y se abstuvo de exigirlos, por lo cual, fallando como si el proceso no adoleciera de esa ausencia, quebrantó esas disposiciones legales.

IV. Error de hecho al dar la calidad de confesión a lo que no la constituye y de derecho al atribuírle efectos que la confesión, aun habiéndola, no puede produ-

cir, y consiguiente violación de los textos citados en el capítulo anterior y de los artículos 6, 8, 117, 346, 347 y 348 del C. de Minas. Se refiere a que la sentencia da por confesado por los Hunter el dominio alegado por González, sólo porque formularon su demanda admitiendo su calidad de actores sin reclamar contra el auto que así conceptuó y dispuso; y se refiere también a que el dominio afirmado por González no se acredita sino con títulos y no los presentó. Insiste en que los Hunter nunca han admitido que González sea dueño de El Carmen y todas sus continuaciones, ni que esa mina tenga la extensión que él le atribuye, ni que la de Santa Elena tenga la ubicación que él dice.

V. Error de derecho en la apreciación de la inspección ocular y consiguiente violación de los artículos últimamente citados y del 34 del decreto ejecutivo 761 de 1887, por no aplicarlos. Esa inspección, dice, estableció que sí hay zona libre entre el norte de El Carmen y el sur de Santa Elena, y sin embargo, la circunstancia de no haber allí zona libre, que es lo sostenido por González, fue uno de los motivos de su absolución.

IV. Error evidente de hecho o de derecho en la interpretación del denuncio y en la apreciación del cartel, errores que dieron por resultado la violación de los artículos citados en el cargo anterior y que consisten en confundir cosas distintas, como son, de un lado los linderos generales dentro de los cuales se denunció la mina, y de otro, los linderos definitivos que quedarán establecidos una vez que se dé posesión".

Llegada la oportunidad de sentenciar, a ello se procede. Para mayor claridad, se consideran los cargos en el mismo orden que la demanda del recurrente los formula.

I. El error del Juzgado de primera instancia consistente en tener al opositor por demandado sin que adujese la comprobación indispensable al efecto, no es cargo que pueda estudiarse en casación, por razones que se resumen así: con él se creó una situación procesal inmodificable ahora; los errores sobre pruebas, en su caso, y la violación de leyes sustantivas son cargos, en su día, que la Corte estudia cuando en aquello se incurrió por Tribunal Superior en sentencia de segunda instancia, a nada de lo cual corresponde la aludida providencia del Juzgado. Como se verá adelante, ésta no influyó en el fallo definitivo. A mayor abundamiento se agrega que, no habiendo contendido sobre ello las partes en las instancias, aunque se tratase de cargo pertinente en casación, no cabría su estudio, porque se trataría de un medio nuevo.

II. El dominio de la Nación sobre las minas es la situación inicial y natural que, por ende, debe presumirse. Esto significa, entre otras cosas, que debe acreditarse con los precisos elementos probatorios correspondientes que una mina dada ha salido de ese dominio e ingresado en el privado y que en éste se conserva, cuando quiera que se formula oposición a la posesión pretendida por alguien como denunciante de ella. Por tanto, si Hunter hubiera denunciado una mina de González y éste se hubiera opuesto invocando ser suya, precisamente sólo demostrando en debida forma esta aseveración sería como su oposición podría haber prosperado, y de lo contrario, debía haberse acogido el derecho que a Hunter le confiere su calidad de denunciante.

Pero, como adelante se verá detenidamente, Hunter no pretende la mina de que González dice tener título, sino la **continuación** de ella. Por consiguiente, lo adverso de la sentencia para Hunter no proviene de olvido de aquella presunción ni implica violación de las disposiciones legales relativas a éste.

III. Del propio modo, no incurrió el Tribunal en el error y violación a que se refiere este cargo, porque, si bien es cierto que el informe o certificación aludida del Secretario sobre títulos de González fue suficiente al Juez para lo antedicho sobre declaración de que Hunter debía ser demandante y González demandado, la sentencia del Tribunal no llegó al extremo

que el recurrente supone, porque ella, según se verá en el anunciado análisis de esta faz del pleito, no se fundó en que aquel informe equivaliese a los comprobantes cuya lista formula, sino en que entre el norte de El Carmen y el sur de Santa Elena no hay zona alguna.

Pudiera decirse que el hecho mismo de hacer esta delimitación implica el reconocimiento del dominio afirmado por González sobre estas dos minas y que, habiendo presentado sólo aquel informe del Secretario y no los títulos, incurrió el Tribunal en el error y consiguiente violación de que el recurrente lo acusa. Pero la limitación no es obra oficiosa del Tribunal, sino base de la demanda. Si ésta no se refiere a esas minas, sino a la continuación de una de ellas, en forma que lo pretendido por Hunter como continuación es algo que comienza al terminar al norte el rectángulo de El Carmen y que acaba al llegar a la línea del sur de Santa Elena, es claro que la presencia o ausencia de los títulos de estas minas no determina el fallo.

Se anota que de los títulos de Santa Elena obra en autos la copia informal de folios 3 y 4 del cuaderno 4º.

IV. Otro tanto se observa respecto de este cargo, consistente en que el Tribunal atribuye a Hunter la confesión del dominio de González sobre esas minas y atribuye a tal confesión la fuerza probatoria y calidad de título de dominio. Se repite que la materia del pleito no son esas minas, sino la continuación norte de El Carmen, continuación delimitada por Hunter como espacio comprendido entre aquellas dos líneas. Y la sentencia se funda en que no hay tal espacio, lo que indica que los conceptos del recurrente en lo relativo a confesión son extraños al fallo recurrido.

Los cargos estudiados hasta aquí deben, por lo dicho, rechazarse.

V. y VI. Quedan por estudiar los correspondientes a estos numerales. Consisten en error evidente de hecho en la interpretación del denuncio y en la apreciación del cartel y en error de derecho en la falta de apreciación de la inspección ocular, y en la consiguiente violación de los arts. 6, 8, 117 y 346 a 348 del C. de M. porque por obra de aquellos errores el Tribunal dejó de ver que lo demandado es la continuación aludida y que entre El Carmen y Santa Elena sí hay zona denunciable, y porque, así, dejó de reconocer el derecho que estas disposiciones confieren al denunciante.

Al folio 2 del cuaderno 1º se halla original el despacho librado por la Gobernación del Tolima al Alcalde de Herveo al comisionarlo para las diligencias de posesión a Hunter correspondientes a su denuncio que ahí se trascribe. Allí se ve que si comienza por manifestar que los colindantes de lo denunciado son los mismos de El Carmen, no deja Hunter de advertir con toda claridad que lo que denuncia como mina es la **continuación norte de El Carmen**, ubicada en la fracción de Guarumo de ese municipio; ni deja de consignar los linderos especiales de lo denunciado, ni de indicar hacia dónde deben medirse las pertenencias, contando como base desde la línea señalada con precisión (los mojones M y N). Exactamente estos mismos detalles contiene el cartel que original forma el folio 5 del mismo cuaderno. Y otro tanto sucede con los pedimentos de la demanda. Esto indica, por otra parte, la forma en que el denunciante entendió ajustarse al artículo 24 del C. de M.

Formando los folios 4 y 5 del cuaderno 2º se halla el acta de la diligencia ocular practicada como prueba en primera instancia el 26 de julio de 1935, y allí se lee que, después del examen del terreno y comprobantes allí detallados, "el Juzgado llegó a la conclusión siguiente: ..... entre la base norte de esta mina (El Carmen) y la base sur de la mina Santa Elena hay una zona de terreno que no pertenece, según la alinderación que consta en las diligencias de denuncio y posesión, a ninguna de las dos minas. Los peritos manifestaron que se hallaban en un todo de acuerdo con las anteriores observaciones del Juzgado....."

El croquis presentado por González pa-

ra esa inspección ocular, que original forma el folio 9 del cuaderno 2º, pone de presente que entre la línea recta que de oriente a occidente ata los puntos N y M marcando el lindero de El Carmen por el norte, y la línea recta que en esa dirección, atando los puntos 1 y 1, marca el lindero de Santa Elena por el sur, hay una zona, hay un espacio. Allí se ve a esta zona ocupando en parte alturas de la cordillera de Cruz Gorda y atravesada en aquella misma dirección por el camino del Guarumo al Brasil.

Ahora bien, fue motivo cardinal de la negativa del Tribunal a la demanda de Hunter, a este respecto, el hecho de no haber espacio entre El Carmen y Santa Elena. Y el hecho de haberlo está plenamente comprobado con lo trascrito de la inspección ocular, ante el artículo 730 del C. J., que comienza diciendo: "El acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez".

Las anteriores trascripciones se complementan con la siguiente, del libelo de demanda: "Lo que pretenden Guillermo Elías y Roberto Hunter como continuación norte de la mina de El Carmen es un sector de terreno aurífero que no forma parte de la mina de El Carmen ni de la mina Santa Elena, es algo que no pertenece al opositor, algo que es de la Nación y que los señores Hunter piden se les adjudique".

Los citados artículos 7, 117 y 348 del C. de M. confieren a éstos como denunciantes los derechos que ejercitan y que el Tribunal les desconoce.

Esto justifica los cargos en estudio y conduce a casar en lo correspondiente la sentencia recurrida y a dictar la que ha de reemplazarla, cuya motivación, adelantada ya en lo pertinente de lo expuesto, se completa con estas breves consideraciones:

Las dos primeras solicitudes de la demanda, calificadas en ella de principales, están bien negadas, porque consisten en la vuelta de las diligencias de posesión a la Alcaldía de Herveo para que las concluya, mediante la declaración de que la oposición de González fue extemporánea; y de que fue oportuna responde el haberla manifestado al recibir la primera notificación y el haberla formulado por escrito en seguida.

Las restantes peticiones se formulan como subsidiarias y son: la de declaración de existencia entre El Carmen y Santa Elena de una zona pretendida por los Hunter y de que éstos tienen derecho a que de ella se les dé posesión. En esto debe acogerse la demanda en fuerza de lo antedicho.

Piden también declaración de que lo procedente es un deslinde, y condenación en costas. Esta condena no cabe ante el artículo 575 del C. J. La absolución de González en ambas instancias concurre a impedir que en su oposición se vea temeridad. Además, él no fue apelante ni es recurrente. Cuanto al deslinde, tal actuación sería improcedente decretarla aquí, siendo así que lo que forma la materia del litigio es la continuación norte de El Carmen, que esa continuación ha de contarse desde una línea que no se ha discutido ni se ha presentado como discutible en este proceso y que se ignora hasta dónde han de llegar las pertenencias solicitadas y por tanto hasta dónde, si es que exceden al referido espacio, han de tropezar con los linderos del sur de Santa Elena.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, y reformando la de primera instancia, falla este pleito así:

1º Roberto y Guillermo Elías Hunter tienen derecho a que se les dé posesión de la zona de terreno aurífero existente entre el límite septentrional del rectángulo de la mina de El Carmen y el límite meridional del rectángulo de la mina de Santa Elena, zona ubicada en el municipio de Herveo, fracción de Guarumo, y denuncia-

da por dichos Hunter como continuación norte de El Carmen.

2º No se accede a ninguna de las restantes peticiones de la demanda, de las cuales, por tanto, se absuelve al opositor Elías González H.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS TITULOS Y OTRAS — PERSONERIA SUSTANTIVA. INTERPRETACION DE UNA CLAUSULA TESTAMENTARIA

1. El primer aspecto que debe estudiarse en cada juicio, según lo tiene establecido la jurisprudencia uniforme, es la capacidad jurídica de las partes, o sea la personería sustantiva de ellas, porque si dicha capacidad falta la demanda no puede prosperar. — 2º — El artículo 494 del Código Judicial es aplicable al recurso de casación por analogía. 3. La apelación y el recurso de casación se refieren a la parte resolutiva de las sentencias, que es la que establece los derechos de los litigantes, pues la motiva no desempeña ningún papel al respecto y puede ser variada según el criterio del juzgador.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

Por escritura número 1936, del 3 de agosto de 1919, de la Notaría Tercera del Circuito de Medellín, el señor Rafael Monsalve P. otorgó testamento público. La cláusula tercera de dicho testamento dice:

"Puesto que no tengo herederos forzosos, puedo disponer libremente de mis bienes y en consecuencia dispongo de mis bienes así: Instituyo como mi heredera universal a mi esposa la señora Elvira Díez; pero una vez muerta ella, lo que aún quede de mis bienes se distribuirá dándole veinticinco mil pesos ($ 25,000) a la Casa de Asilo; diez mil pesos ($ 10,000) al Hospital de Caridad, institutos ambos de esta ciudad; veinticinco mil pesos ($ 25,000) a la señora Ana Rosa Mesa, viuda de Rafael Mesa, y lo que quede después de estos legados se distribuirá por iguales partes entre mi hermana Dolores Monsalve y su hija Ana Rosa Alvarez. Es entendido que de preferencia a la distribución que se hace en esta cláusula, se tomará la cantidad que sea necesaria, a juicio de mi albacea, para los gastos de entierro, aniversario, sufragios por mi alma y las misas de San Gregorio".

En otra cláusula el testador aclaró que los legados son en papel moneda.

El señor Monsalve P. falleció en Medellín el 22 de enero de 1928, y liquidada la sucesión correspondiente, se adjudicaron sus bienes a la cónyuge sobreviviente, señora Elvira Díez de Monsalve.

Esta señora, por escritura número 2005, del 6 de agosto de 1929, de la Notaría Tercera del Circuito de Medellín, otorgó su testamento, conforme al cual instituyó su único heredero a su hermano legítimo Rafael Díez Tobón, y en su defecto a otras personas.

Elvira Díez de Monsalve dispuso, además, en vida, de todos los bienes que le fueron adjudicados en la sucesión de su citado marido.

La señorita Ana Alvarez, diciendo obrar en su "carácter de heredera testamentaria del señor Rafael Monsalve P.", inició por escrito del 9 de septiembre de 1937 juicio civil ordinario ante el señor Juez 1º del Circuito de Medellín, contra el señor Rafael Díez, "en su propio nombre y en su carácter de único representante de la sucesión ilíquida de la señora Elvira Díez", y pidió que, por sentencia definitiva, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que son nulos, de nulidad absoluta, y no producen valor ni efecto alguno, por falta de causa, por falta de precio y por objeto ilícito, los contratos contenidos en las escrituras números 1711 de 11 de

junio de 1928, 1124 de 15 de mayo de 1930 y 1824 de 12 de diciembre de 1932, todas de la Notaría Tercera de este Circuito, por las cuales doña Elvira Díez dijo vender a su hermano don Rafael Díez los bienes determinados bajo los numerales 1º, 9º, 4º, 5º y 10º del hecho sexto de la parte narrativa de esta demanda.

"b) Que son nulas las tradiciones que tales títulos comportan y en consecuencia se ordene su cancelación en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad;

"c) Que es nula, de nulidad absoluta, por falta de causa, por falta de precio y por objeto ilícito, la cesión hecha por doña Elvira Díez, en nota privada de 25 de febrero de 1930 del crédito hipotecario a cargo de los señores Marco Arteaga y Cecilio Salazar, constante en escritura número 1919 de 19 de mayo de 1927 de la Notaría 2ª de este Circuito, a favor de don Rafael Monsalve, y subsidiariamente, que tal cesión fue otorgada en su calidad de mandatario de la cedente;

"d) Que el contrato contenido en la escritura número 502 de 2 de marzo de 1931, de la Notaría 2ª de este Circuito, por la cual Marco Arteaga y Cecilio Salazar transmitieron a Rafael Díez los inmuebles de que trata el hecho décimo cuarto de esta demanda no fue de compraventa sino de dación de pago en favor de doña Elvira Díez, y en el cual obró Rafael Díez como apoderado de la adquirente;

"e) Que los inmuebles a que se refieren las peticiones anteriores pertenecen en propiedad y dominio a la sucesión testamentaria del señor Rafael Monsalve y a la sociedad conyugal de éste y Elvira Díez;

"f) Que el demandado Rafael Díez está en la obligación de restituír a la entidad en cuyo favor se declare el dominio, inmediatamente se ejecutoríe la sentencia que ponga fin a este juicio o dentro del término que se le señale, los referidos bienes;

"g) Que el demandado está igualmente en la obligación de restituír a la misma entidad los frutos naturales y civiles de los expresados inmuebles, percibidos y que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, así como el valor de los deterioros y considerando al demandado poseedor de mala fe;

"h) Que el demandado está obligado a restituírme, como heredera de Rafael Monsalve, el valor de los bienes de que dispuso como mandatario de Elvira Díez, bienes a que se refiere el hecho décimoquinto de esta demanda, y subsidiariamente que debe hacer tal restitución a la sucesión ilíquida de dicha señora;

"i) **Subsidiariamente** y para el caso de que no se haga la declaración anterior, se declare que el demandado Rafael Díez está obligado a rendirme, como heredera de Rafael Monsalve, las cuentas comprobadas de su administración como mandatario o apoderado general de doña Elvira Díez, o en subsidio que debe rendir tales cuentas a la sucesión ilíquida de Elvira Díez;

"j) Que el demandado debe pagar las costas de este juicio".

Admitida la demanda y surtida la tramitación correspondiente, el Juez a quo falló el pleito por sentencia del doce de julio de mil novecientos treinta y ocho, así:

"Absuélvese al demandado señor Rafael Díez T. de los cargos de la demanda que le formuló la actora, señorita Ana Alvarez M. En consecuencia, una vez ejecutoriado este fallo, dese orden al señor Registrador de I. Públicos para que cancele la inscripción de la demanda".

Apelado este fallo por la actora, subió el asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien lo decidió el diez de agosto de mil novecientos treinta y nueve, confirmando la sentencia de primera instancia, sin condenar en costas.

Contra esta última sentencia interpuso la señorita Ana Alvarez recurso de casación, el que, una vez tramitado legalmente, se pasa a decidir.

El Juez del conocimiento fundó su fallo absolutorio en que conforme a la institución de heredera hecha por Rafael

Monsalve a favor de Elvira Díez de Monsalve, ésta podía disponer libremente de los bienes que se le adjudicaron, pues la institución no quedó sujeta a condición alguna, y en que, por tanto, la actora carece de personería sustantiva para solicitar la nulidad de los contratos a que se refiere la demanda, y para exigirle rendición de cuentas al señor Rafael Díez, como apoderado general de Elvira Díez de Monsalve.

El Tribunal, en la sentencia acusada, después de hacer una larga disquisición tendiente a interpretar la cláusula tercera del testamento del señor Monsalve, llega a la conclusión de que por dicha cláusula se constituyó un usufructo de por vida en favor de la señora Elvira Díez de Monsalve, y se instituyó como herederas de la nuda propiedad de todos los bienes del señor Monsalve a Dolores Monsalve,, hermana del causante, y a su hija Ana Alvarez Monsalve, al tenor del artículo 1145 del C. C.

Entra luégo la sentencia a hacer un estudio de la teoría de la simulación, y de la diferencia que existe entre ésta y la nulidad de los contratos, y termina diciendo que como la simulación no engendra nulidad por sí sola, es forzoso rechazar la demanda.

Dice también la sentencia acusada que como la acción restitutoria se inició como consecuencia de la acción de nulidad por simulación, es claro que rechazada ésta desaparece aquélla. Que la señorita Alvarez ha debido pedir para ella directamente como nuda propietaria de los bienes del señor Monsalve, y que en cuanto a la rendición de cuentas que solicitó del señor Rafael Díez, ha debido iniciar la acción para la sucesión de la señora Elvira Díez de Monsalve.

En resumen el Tribunal, aunque por otros motivos, confirmó la sentencia de primer grado.

El recurso.

La actora, señorita Alvarez, alega en casación las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J., y dice que la sentencia es "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, y haberse incurrido en error de hecho manifiesto, y en error de derecho con la apreciación errónea de unas pruebas y la falta de apreciación de otras pruebas, y no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda".

La recurrente formula contra la sentencia ocho cargos, en amplios capítulos separados, a través de los cuales considera violadas las siguientes disposiciones legales:

Artículos 180, 665, 669, 673, 740, 752, 757, 779, 791, 793, 823, 824, 829, 832, 946, 947, 950, 961, 1008, 1016, 1230, 1237, 1304, 1374, 1398, 1401, 1435, 1501, 1502, 1521, 1523, 1524, 1603, 1618, 1740, 1741, 1746, 1748, 1766, 1774, 1821, 1832, 1849, 1857, 1871, 1874, 1960, 2142, 2157, 2170, 2181, 2323, y 2324 del Código Civil; 22 y 33 de la Ley 57 de 1887; 15 de la Ley 95 de 1890, 2º de la Ley 50 de 1936 y 210, 343 y 472 del Código Judicial.

Acoge la demanda de casación el concepto emitido por el Tribunal en la parte motiva de la sentencia acusada, conforme al cual la cláusula del testamento del señor Rafael Monsalve implica para la señora Elvira Díez una asignación testamentaria a día, que caracteriza como usufructo el artículo 1145 del C. C., y para Dolores Monsalve y Ana Alvarez una asignación de nudas propietarias.

Sobre esa base, diserta largamente sobre la teoría de la simulación, para concluír que fue mal aplicada por el Tribunal, el cual, en opinión de la recurrente, ha debido declarar la nulidad pedida. Al efecto dice:

"Como se ve del contexto de la demanda, la nulidad solicitada no se funda en la simulación, sino en la falta de causa, en la falta de precio y en el objeto ilícito. El Tribunal da como probados estos tres elementos al analizar las pruebas, especialmente la de confesión, y con base en ellas resuelve que existió la simulación, luego debió declarar la nulidad demanda-

da por el aspecto de la simulación de esencia, como lo hizo la Corte con posterioridad a la llamada teoría moderna sobre simulación".

Alega que como la señora Elvira no tenía sino el usufructo de los bienes, no podía trasferir la nuda propiedad de ellos, porque no le pertenecía.

Sostiene que la acción restitutoria no se inició como consecuencia de la de nulidad, sino independientemente, como acción reivindicatoria, y que, por lo tanto, si el Tribunal estimaba que la acción de nulidad no prosperaba, ha debido rechazarla y admitir por separado la reivindicatoria o de dominio.

Combate la sentencia en cuanto dice que la señorita Alvarez ha debido pedir directamente para ella, como nuda propietaria de los bienes del señor Monsalve, pues dice que no habiéndose liquidado la sucesión de la señora Elvira, y hallándose confundidos los bienes propios de dicha señora con los que pertenecieron a la sucesión de Rafael Monsalve, y siendo la recurrente heredera de dicho señor, no podía hacer la petición en su propio nombre.

Alega, por último, que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente formuladas en la demanda, porque dice que se pidió la nulidad por causas distintas de la simulación, y que como el Tribunal se concretó a estudiar ésta, sin estudiar ni resolver los otros aspectos de las acciones establecidas, dejó de fallar sobre lo pedido, y agrega:

"Respecto a la acción subsidiaria y a la solicitud de segundo grado que tiende a obtener rendición de cuentas para la sucesión ilíquida de doña Elvira Díez, el Tribunal reconoció que así estuvo bien pedido, ya que sostuvo que debió pedirse en tal forma, pero se contradijo al no resolver sobre lo concretamente solicitado, y de allí la inconsonancia por causa de la contradicción, con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda".

La Corte considera:

El primer aspecto que debe estudiarse en cada juicio, según lo tiene establecido la jurisprudencia uniforme, es la capacidad jurídica de las partes, o sea la personería sustantiva de ellas, porque si dicha capacidad falta, la demanda no puede prosperar.

En tal virtud, como cuestión previa se impone aquí ese estudio, porque de sus resultados depende el que sea necesario, o no, analizar a fondo los motivos en que se funda el recurso.

Como atrás se dijo, el Tribunal, en la parte motiva de la sentencia acusada, estimó que por la cláusula testamentaria del señor Monsalve, que ha dado origen al pleito, se constituyó un usufructo de por vida en favor de la señora Elvira Díez de Monsalve, y se instituyó como herederas de la nuda propiedad de todos los bienes del señor Monsalve a Dolores Monsalve y a su hija Ana Alvarez Monsalve, de acuerdo con el artículo 1145 del C. C.

La recurrente manifiesta que acepta esta parte de la sentencia, la cual considera en firme, porque no fue atacada en casación por la contraparte.

Conforme al artículo 494 del Código Judicial, aplicable al recurso de casación por analogía, "la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

De otro lado, la apelación y el recurso de casación se refieren a la parte resolutiva de las sentencias, que es la que establece los derechos de los litigantes, pues la motiva no cuenta al respecto y puede ser variada según el criterio del juzgador.

De lo dicho se deduce que el demandado no podía interponer el recurso de casación en el presente juicio, porque la parte resolutiva de la sentencia de segundo grado es completamente favorable a sus pretensiones. Además, es claro que el

superior puede hacer modificaciones a la parte motiva, sobre puntos íntimamente relacionados con la resolutiva, para confirmar ésta por razones distintas de las aducidas por el inferior.

Sentado lo anterior, se pasa a estudiar la aludida cláusula testamentaria del señor Monsalve, para ver qué alcance jurídico tiene y qué derechos confiere a la demandante.

En concepto de la Corte, tal cláusula constituye una institución de heredera en favor de la señora Elvira Díez de Monsalve, pura y simple, es decir, sin condición, modo, plazo o gravamen alguno, a excepción de "la cantidad que sea necesaria, a juicio de mi albacea, para los gastos de entierro, aniversario, sufragios por mi alma y las misas de San Gregorio" cantidad que según el testamento debe tomarse preferencialmente. De consiguiente, la nombrada señora quedó en plena libertad de disponer, a su arbitrio, de todos los bienes que le correspondieron por herencia de su marido, porque éste no estableció prohibición alguna sobre el particular.

Ahora, en el supuesto de que la señora Elvira no dispusiera en vida de todos los bienes heredados del señor Monsalve, de lo que quedara de esos bienes debían pagarse los legados condicionales que hizo el señor Monsalve en la misma cláusula —para el caso de que algo quedara— a favor de la Casa de Asilo y del Hospital de Caridad de Medellín, y de la señora Ana Rosa Mesa, por un valor en conjunto de seiscientos pesos ($ 600). Y si pagados esos legados, aún queda algo, continúa la cláusula testamentaria, "lo que quede" "se distribuirá por iguales partes entre mi hermana Dolores Monsalve y su hija Ana Alvarez", parte ésta de la cláusula que constituye una asignación condicional, es decir, si queda algo, si la heredera *incondicional* Elvira Díez no resuelve disponer de todos los bienes en vida.

No puede sostenerse que la cláusula que se analiza implique la constitución de un fideicomiso, como en un principio afirmó la demandante, ni la asignación del usufructo en favor de la señora Elvira y de la nuda propiedad en favor de Dolores Monsalve y de Ana Alvarez, como lo estimó el Tribunal, porque no reúne ninguno de los requisitos que al respecto establecen las disposiciones legales pertinentes.

No se contempla tampoco el caso de que trata el artículo 1145 del C. C., porque la citada cláusula no hizo una asignación hasta día cierto, sea determinado o no. Sencillamente hizo una institución de heredera, sin condición alguna. Para que la cláusula pudiera entenderse como la constitución de un usufructo, de acuerdo con lo indicado en el artículo 1145, habría sido necesario que estuviera redactada en otra forma, en que se dijera, por ejemplo, que el testador dejaba sus bienes a la señora Elvira hasta el día de la muerte de ésta, día en que pasarían a otra persona. Pero no es eso lo que dice.

Es suficiente lo expuesto para demostrar que el derecho o interés jurídico condicional que las asignatarias Dolores Monsalve y Ana Alvarez tienen conforme al testamento del señor Rafael Monsalve, se refiere únicamente a los bienes de la sucesión de dicho señor que quedaron a la muerte de su heredera incondicional, señora Elvira Díez de Monsalve, después de pagar los legados en dinero de que habla la cláusula tercera, y es claro que si nada quedó, nada vale aquel derecho, el cual no autoriza a la demandante Ana Alvarez para pedir la nulidad de los contratos celebrados por la señora Elvira en relación con los bienes relictos, ni para formular las demás peticiones que contiene su demanda.

Ese derecho capacita a las asignatarias condicionales Dolores Monsalve y Ana Alvarez para reclamar los bienes pertenecientes a la sucesión del señor Rafael Monsalve, de que no dispusiera en vida la heredera señora Elvira Díez de Monsalve, después de pagar los legados en dinero de que atrás se habló, reclamación que podrían hacer dentro del juicio de sucesión de la señora Elvira Díez, o

en otro juicio, con arreglo a derecho, probando que quedaron bienes, pero no habilita, se repite, a la demandante Ana Alvarez para iniciar la acción que ha intentado, pues carece de personería sustantiva para ello. La Corte llega así a la conclusión a que llegó el señor Juez de la primera instancia.

Demostrado que la señorita Ana Alvarez carece de interés jurídico para seguir este pleito, no es posible casar la sentencia acusada y es inútil entrar a estudiar los motivos en que se fundó el recurso de casación, y si estuvo bien o mal aplicada por el Tribunal la teoría de la simulación.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha diez de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo de la recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ALGUNAS NORMAS PARA LA APLICACION DEL NUEVO CODIGO PENAL

1º Cuando hay concurso de delitos, sea formal o sea real, no se pueden sumar las penas de cada hecho, pues el sistema del *cúmulo material* que consagraba el Código de 1890, fue sustituído por el del *cúmulo jurídico* o *acumulación intensiva* en la nueva legislación;

2º No son "circunstancias agravantes" las de los nueve ordinales del artículo 363 del Código Penal de 1936. Cualquier caso de esos es un *elemento constitutivo* de asesinato. Intensificación del *animus necandi;*

3º La frase "hasta en otro tanto" del artículo 33 del Código Penal nuevo (lo mismo que la expresión "hasta en una tercera parte" del artículo 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla en la tercera parte, débese tener el cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos;

4º La fractura de un mueble para robar el contenido será un modo general de violencia a las cosas, conforme al artículo 402 del Código de 1936, pero no es la específica perforación o fractura del robo más agravado a que se refiere el artículo 404, ibídem. (Caso 3º); y

5º La índole del Código de 1936 va a modificar, reduciéndolo, el poder que el superior tenía en apelación, consulta o casación, para variar la pena principal que el inferior deducía del Código de 1890, puesto que suprimidos los tres grados de todo delito y la mecánica regla del artículo 124 de ese Código antiguo, y fijándose hoy la sanción al delincuente por la ponderación de los principios que entrañan los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código nuevo, de muy rara ocurrencia será la equivocación *palmaria* en la *cantidad* de pena impuesta. La subjetividad casi incontrovertible de que disfruta el impartidor de la justicia penal para mover su entendimiento entre los *bajos* mínimos y los *altos* máximos de la sanción en la mayor parte de los delitos, es un arbitrio respetable que únicamente en casos excepcionales dejará decir que hubo yerro en la pena por exceso o por defecto, siempre que el juzgador de instancia haya tenido en cuenta aquella ponderación. Y es que, medidas la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, y apreciados los motivos determinantes y la personalidad del agente, difícil ha de ser para el superior concluír que el inferior, al sancionar, v. g., el homicidio que contempla el artículo 362, con diez años de presidio, debió reprimirlo más bien con nueve o con doce años.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Doctor Campo Elías Aguirre).

En algún paraje del municipio de Caja-

marca, en el departamento del Tolima, José Isaac Casas Guerrero, auxiliado por el menor Joselín Ramos Ovalle, mató a Laura Rosa Arcilla de Castaño con treinta y ocho machetazos, a fin de robarle, como le robó, también valiéndose de la cooperación de dicho menor, la suma de doscientos ochenta y tres pesos y veinticinco centavos ($ 283.25), todo lo cual aconteció el doce de julio de mil novecientos treinta y siete.

Fue un perfecto asesinato por la clara premeditación de Casas Guerrero, por la alevosía y la inhumana ferocidad que ese hombre empleara y porque el homicidio representó el medio de apoderarse de la mencionada suma de dinero que era el fruto de las economías del marido de la muerta y de algunos peones suyos, dinero que el criminal sacó de un baúl, después de violentar el mueble.

Sometidos a juicio Casas Guerrero y Ramos Ovalle en el Juzgado 2º Superior de Ibagué, el veredicto unánime de los jueces de hecho afirmó la culpabilidad sin restricciones del primero, en su carácter de asesino y ladrón, y al otro lo situó en la categoría de partícipe del homicidio, "pero sin previo conocimiento", negando a la vez la premeditación del menor y la ayuda de éste en el robo.

El Juez, entonces, el diez de febrero de mil novecientos treinta y nueve, condenó a Casas Guerrero a veintidós años de presidio, con aplicación del Código Penal de 1936, así: diez y siete por el asesinato, y por el robo, cinco. Es decir, aumentó los mínimos de los artículos 363 y 404, ibídem, y sumó las penas, suma que es la observancia del sistema de la acumulación material que consagra el Código de 1890, incompatible en absoluto con el sistema de la acumulación jurídica intensiva que el nuevo Código trae para los diferentes concursos de delitos.

De suerte que el Juez, al deducir la penalidad para Casas Guerrero del Código de 1936, por estimarla más favorable, ha debido obedecer la regla del artículo 33.

A Ramos Ovalle le impuso el Juez tres años de **reclusión.** Por qué reclusión si el mismo Juez consideró violado el artículo 600 del C. P. de 1890, que señala presidio? Y por qué se le condenó en calidad de auxiliador del homicidio, frente al veredicto de fs. 47 del cuaderno 2º que sacó a ese reo del alcance del artículo 24 del Código antiguo?

Ramos Ovalle quedó absuelto del auxilio en el robo.

El Tribunal de Ibagué resolvió lo siguiente:

"1º Condénase a José Isaac Casas Guerrero....., como culpable de los delitos de HOMICIDIO y ROBO relacionados, a sufrir en la Penitenciaría de esta ciudad o en el establecimiento de castigo que determine el gobierno, la pena principal de VEINTICUATRO AÑOS (24 a.) DIEZ (10) MESES DE PRESIDIO;

"2º Condénase a JOSELIN RAMOS OVALLE....., a sufrir TRES (3) AÑOS DE RECLUSION.....;

"3º Revócase el punto 3º de la sentencia recurrida por ser notoriamente injusto el veredicto del jurado en relación con el cargo que al reo Joselín Ramos Ovalle se le dedujo en el auto de proceder, tocante al delito de ROBO, y se ordena convocar nuevo jurado a quien se someterá nuevamente a decisión lo relacionado con la participación de dicho reo en tal delito; y

"4º .....
.....

En recurso de casación vino a esta Sala lo que toca con José Isaac Casas Guerrero, y ya terminados aquí los trámites entra la Corte a decidir aquel recurso.

Dice el señor Procurador:

"Casas Guerrero y su defensor interpusieron el recurso de casación, pero ante la Corte tan sólo se han presentado algunos escritos del primero, en que sostiene que no se le dieron suficientes garantías para su defensor y que se apreciaron mal algunas pruebas. Esta argumentación miraría a la causal sobre injusticia en el veredicto, cuestión que no fue debatida en las instancias. Por este aspecto, sería infundado el recurso, tanto más cuanto que los veredictos no pecan contra la evidencia. Por el contrario, hay probanza suficiente sobre la responsabilidad del recurrente en la comisión de los delitos que le fueron imputados.

"Estudiado el expediente por este Despacho encuentra un reparo al fallo recurrido sobre la aplicación de la ley penal. Así pues invoca la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

"Causal primera

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

"José Isaac Casas Guerrero fue llamado a responder en juicio criminal por estos delitos: homicidio premeditado con circunstancias de asesinato en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño, y robo por la cantidad de $ 283.25. Los cuestionarios referentes a este proceso, son unánime y simplemente afirmativos y no están en evidente contradicción con las probanzas.

"El Juez de primera instancia, en desarrollo de las respuestas del Jurado, estimó como más favorable para el reo el nuevo Código Penal, y razona así:

'Se trata, ante todo, de un asesinato, que en la nueva ley penal tiene una base mínima de quince años de presidio (artículo 363); y como concurren las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en los puntos 6 y 9, hay lugar a hacer un aumento de dos años de presidio, pues apenas concurre la circunstancia de menor peligrosidad (numeral 11, artículo 38), por la ignorancia del reo, aun cuando sabe leer y escribir.

'El delito de robo aparece sancionado en la nueva ley penal con la pena de 3 a 14 años de presidio (artículo 404), **por haberse verificado mediante la fractura de los baúles** (subraya la Corte) en que tenían guardado el dinero los esposos Castaño-Arcila; y como concurren respecto de este hecho las propias circunstancias de mayor peligrosidad anotadas en el homicidio, hay también lugar a hacer un aumento de dos años de presidio.

'Así resulta el homicidio sancionado con la pena corporal de diez y siete (17) años de presidio; y el robo, con la de cinco (5) años de la misma pena. Y sumadas ambas, le resulta al reo la pena total de veintidós (22) años de presidio'.

"Por su parte, el Tribunal consideró que el Código de 1890 era el más favorable para el acusado Casas y expresó esta apreciación en estos términos:

'Dadas las **circunstancias agravantes** (subraya la Corte) que concurrieron en la ejecución del homicidio, por lo cual se le denomina asesinato, o sean las especificadas en los numerales 2º, 3º, 5º y 7º del artículo 363 del nuevo Código Penal, la cuantía de la pena para Casas Guerrero debería ser de acuerdo con dicho Código, la de diez y nueve años, que por la circunstancia prevista en el artículo 33 de la misma obra en relación con el 404 del C. P. habría que aplicar la sanción establecida para el más grave (la del asesinato) aumentada hasta en otro tanto, **lo que daría lugar a una pena total de treinta y ocho años de presidio** (subraya la Sala) con las accesorias consiguientes.

'Las respectivas penas señaladas en el antiguo Código Penal son la fija de veinte años de presidio (artículo 3º y B del Acto Legislativo número 10 (sic) para el homicidio, y la de tres a cinco años de presidio aumentada en uno o dos meses por cada veinticinco pesos del valor de lo robado (artículos 778 y 785 del C. P.), lo que daría un total fluctuante entre veintitrés años once meses y veinticuatro años diez meses de presidio.

'De modo que aplicando la pena más benigna al reo Casas Guerrero, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes habidas, el mínimo de la pena que se le debe imponer a él, es de veinticuatro años diez meses de presidio y además las accesorias correspondientes'.

"El concepto sobre favorabilidad de la ley penal en muchas ocasiones es claro y no da lugar a discusiones; pero otras veces, como la presente, resulta demasiado subjetivo y, por ende, sujeto a controversias.

"Los delitos cometidos por Casas son de palmaria gravedad y si no se hubiera operado el cambio de legislación la pena imponible sería la señalada en la sentencia del Tribunal (subraya la Corte) de acuerdo con los artículos 3 y B del Acto Legislativo número 10 (sic) y 598, 778, 785 y 71 del Código de 1890. Pero como según el artículo 45 del nuevo Código Penal, la pena de presidio no puede pasar de veinticuatro años, entonces resulta más favorable la nueva ley, la cual debe ser aplicada en toda su integridad.

"Confrontadas, pues, las dos penas máximas, la del Código anterior y la del Código nuevo, es más baja la señalada por este último.

"Ahora bien: el asesinato está reprimido por la ley nueva con la pena de presidio de quince a veinticuatro años (artículo 363) y el Tribunal estimó que en este caso el reo merecería una pena de diez y nueve años de presidio, apreciación que debe respetarse, por no existir motivo para impugnarla. El robo está reprimido con presidio de tres a catorce años (artículo 404) y el artículo 33 que contempla el concurso material de delitos preceptúa que al delincuente se aplicará la sanción establecida para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto.

"Hay fundamento suficiente para juzgar que la peligrosidad delictuosa de Casas es notable y que los delitos de indudable gravedad los perpetró por motivos innobles, luego debe ser sometido a la máxima sanción permitida por el Código, así: diez y nueve años por el asesinato y cinco años por el robo.

"Por lo expuesto, este Despacho pide atentamente a la H. Corte que case la sentencia ameritada y en su lugar condene a José Isaac Casas Guerrero además de las sanciones accesorias, a la pena de diez y nueve años de presidio por el asesinato perpetrado en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño y a la pena de cinco años de presidio por el robo de la cantidad de $ 283.25 consumado en la casa de la misma víctima del homicidio".

Antes de ir al fondo de la cuestión la Corte se detiene en estos reparos accidentales:

a) Alega el señor Procurador que "si no se hubiera operado el cambio de legislación la pena imponible sería la señalada en la sentencia del Tribunal", para Casas Guerrero. Quizá no lo sería. En primer lugar, con las cuentas que hizo el Tribunal ascendería el total de la pena a veinticuatro años y once meses y no veinticuatro años y diez meses. Y en segundo lugar, el cómputo fue equivocado para el robo que se calificó acertadamente en la escala media del mínimo y máximo del artículo 778 del C. P. de 1890: cuatro años de presidio (artículo 124). Pero esa calificación del segundo grado se olvidó en el artículo 785, del cual no se tomó sino el mínimo. El grado segundo da un aumento de un año, cuatro meses y quince días;

b) Llama el Tribunal "circunstancias agravantes" las de los ordinales 2º, 3º, 5º y 7º del artículo 363 del C. P. de 1936. Y propiamente no son esas y las demás de dicho artículo circunstancias agravantes sino elementos constitutivos del asesinato, que intensifican el **animus necandi** u **occidendi**;

c) Argumenta el Tribunal que con el Código nuevo tendría Casas Guerrero diez y nueve años por el asesinato, y "que por la circunstancia prevista en el artículo 33 de la misma obra en relación con el 404 del C. P., habría que aplicar la sanción esta-

blecida para el más grave (la del asesinato) aumentada hasta en otro tanto, lo que daría lugar a una pena total de treinta y ocho años de presidio....." Nó. La frase "hasta en otro tanto" del artículo 33 indica un máximo imponible en ocasiones extraordinarias, máximo que estaría tanto más léjos de poderse cargar al reo Casas Guerrero, para doblar por el robo los diez y nueve años del asesinato, si se medita en un innegable absurdo resultante: que el aumento sería mayor que el máximo de catorce años del artículo 404;

d) También el Tribunal, en lo concerniente a Ramos Ovalle, trocó por reclusión el presidio del artículo 600 del C. P. de 1890; y

e) Para el juzgador de la primera instancia el robo de los $ 283.25, que cae bajo el precepto del artículo 404 del C. P. de 1936, se cumplió "por haberse verificado mediante la fractura de los baúles....." Y la perforación o fractura del caso 3º del artículo 404 es taxativa para pared, techo, pavimento, puerta o ventana. No se extiende a muebles. La fractura del baúl es un modo general de violencia a las cosas, y otros serán los distintivos especiales del robo que se estudia, para que quepa en el artículo 404.

No es la ocasión de que la Corte dilucide hoy el interesante problema que surge del artículo 45 del C. P. de 1936, en relación con los mandatos de los artículos 31, 32, 33 y 34, ibídem. Los máximos del artículo 45 son para un solo delito, sin reincidencia? En los casos de un solo delito con reincidencia o de un concurso formal o real de delitos o de un delito continuado, podrá excederse del límite máximo del artículo 45?

Y no es aquella ocasión por no necesitarse ahora la dificultosa tarea de responder a las preguntas formuladas que comprenden una seria duda, puesto que sin afirmar que se puede o no se puede pasar de esos máximos en concurso de delitos o en aumento por reincidencia, lo cierto es que la penalidad de Casas Guerrero debe no exceder de veinticuatro años de presidio.

La Corte, como el señor Procurador, también halla justificada la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, por el aspecto de indebida aplicación de la ley penal en la sentencia, en atención a que perjudica menos a José Isaac Casas Guerrero el Código de 1936 que el de 1890.

En efecto. A los veinte años de pena fija de presidio por el asesinato, sustitutiva de la de muerte, habría que agregar, en acumulación material, no los cuatro años y diez meses que el Tribunal impuso por el robo (eran, se repite, cuatro años y once meses), sino cinco años, cuatro meses y quince días de presidio. Pero no **más de veinticinco años de tal sanción,** conforme a la regla del artículo 71 del Código antiguo, regla cuya interpretación recta hizo recientemente esta Sala, a saber: que cuando se trata de **un delito único** que merezca más de veinte años de presidio, se aplican veinte de dicha pena y el resto se sufrirá en reclusión; pero que cuando se trata de varios delitos que en conjunto tengan más de veinticinco años de presidio, la represión habrá de reducirse a veinticinco años de la misma pena.

Y en cambio, frente al Código de 1936 el asesinato que perpetró Casas Guerrero debe sancionarse con diez y nueve años de presidio; y el aumento por el concurso real del robo, que no es jurídico que sea "hasta en otro tanto", se ajusta a la equidad y a la proporción legal estimándolo en cinco años. Al mínimo de quince años del artículo 363 se le añaden cuatro años, y el mínimo de tres del artículo 404 se sube a cinco.

Y por qué se le asignan diez y nueve años de presidio al asesinato en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño? No es una caprichosa fijación? No lo es. El Tribunal Superior de Ibagué, en la com-

paración de la penalidad principal de ambos Códigos, escribió que "la cuantía de la pena para Casas Guerrero debería ser de acuerdo con dicho Código (el de 1936, aclara la Corte), la de diez y nueve años....." Y el señor Procurador dice, con razón, que es una "apreciación que debe respetarse, por no existir motivo para impugnarla".

Es que la aplicación del Código de 1936 va a modificar, por fuerza de su índole, la facultad o el frecuente poder que el superior tenía, en apelaciones, consulta o casación, para variar las penas que el inferior deducía del Código de 1890.

Suprimidos los tres grados de todo delito y la fácil mecánica del artículo 124 de ese Código antiguo, aplicándose hoy la sanción al delincuente por las determinaciones de los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código nuevo, no será de muy rara ocurrencia la palmaria equivocación en la cantidad de pena que se imponga? Y por ser "demasiado subjetivo" el arbitrio del fallador para mover su entendimiento entre los pequeños mínimos y los grandes máximos de la mayor parte de los delitos, subjetividad casi incontrovertible, sólo en casos excepcionales se le podrá decir al juzgador, si observó aquellas determinaciones, que hubo yerro en la pena por exceso o por defecto.

Cuánta gravedad del hecho delictuoso, cuántas y cuáles modalidades de él, cuáles y cuántos motivos determinantes, cuántas circunstancias de mayor y menor peligrosidad y qué grado de personalidad peligrosa del agente, autorizarán al superior para concluír que el inferior, al sancionar, v. g., el homicidio que contempla el artículo 362, con diez años de presidio, ha debido imponer al homicida más bien nueve o doce años?

El homicidio que ejecutó Casas Guerrero antes de entrar a regir el Código Penal de 1936 fue asesinato por la premeditación para cometerlo y por la concurrencia de las circunstancias 3ª, 6ª y 7ª del artículo 586 del Código de 1890.

Y asesinato es también en el Código nuevo por distintas fases: porque hubo premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; porque fue para facilitar la consumación de un robo; porque se usó de alevosía y cevicia y porque el matador se valió de la actividad de un menor (artículo 363, números 2º, 3º, 5º, 6º y 7º)

El robo de los doscientos ochenta y tres pesos y veinticinco centavos se caracterizó por la violencia general a las cosas y a la persona de la asesinada, en armonía con los principios de uno y otro Código.

Y como modificadores del robo simple, que tornan a éste en el más grave de los robos del Código de 1936, resultan los elementos que siguen: que se cometió en despoblado y con arma y que la violencia ejercitada sobre la Arcila de Castaño puso a esa mujer en absoluta imposibilidad de obrar (números 1º y 4º del artículo 404).

Revela José Isaac Casas Guerrero una acusada personalidad peligrosa. Consumó dos hechos de gravedad indudable y de modalidades y motivación poco comunes. Y los consumó con estas circunstancias de mayor peligrosidad (descartando las previstas como constitutivas o modificadoras de los delitos): para ambas infracciones el modo de su ejecución que demuestra una mayor insensibilidad moral del delincuente; el haber abusado de las condiciones de inferioridad personal de la víctima y la co-actividad del menor Ramos Ovalle; y para el robo, los motivos innobles y su preparación ponderada (3ª, 5ª, 6ª, 7ª y 8ª, artículo 37). Una sola circunstancia de menor peligrosidad existe: la pobreza y la falta de ilustración del reo (11 del artículo 38), no porque hubiesen influído en la ejecución del asesinato y el robo, sino por la analogía a que obliga el artículo 40.

Equidad y proporción hay en los veinticuatro años de presidio para Casas Guerrero por los dos delitos.

Y justificada la causal que invocó el señor Procurador, con la reserva de la Sala

sobre el alcance del artículo 45 del Código Penal de 1936, la Corte debe proceder de la manera que ordena el inciso primero del artículo 4º, Ley 118 de 1931.

Falta juzgar a Joselín Ramos Ovalle por su participación en el robo, como resultado de la declaratoria de injusticia que el Tribunal pronunció respecto del veredicto que negara la culpabilidad de ese sujeto en dicha participación. Y ese juzgamiento debe cumplirse sin pérdida de tiempo, pues Ramos Ovalle ya pagó sobradamente los tres de reclusión por su complicidad secundaria en el asesinato.

En mérito de las razones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oída la opinión del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a José Isaac Casas Guerrero la pena principal de veinticuatro años y diez meses de presidio por asesinato y robo, y en su lugar condena al mismo Casas Guerrero a veinticuatro años de presidio en la penitenciaría que el gobierno señale; a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, período que se contará según lo manda el artículo 97 del Código de 1936; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a perder la patria potestad, si la tuviere, y a indemnizar los perjuicios que ocasionó con el asesinato y el robo.

Se decreta la publicación especial de la sentencia y se confiscará el arma que el reo usó para el homicidio, a fin de entregarla al Estado.

El lapso de la detención y prisión se abonará a los veinticuatro años de presidio.

Devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Ibagué.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto— Julio E. Argüello R., Secretario.

MENSAJE AL CONGRESO Y PROYECTO DE LEY SOBRE REFORMAS A LA LEY 94 DE 1938.

COLABORACION DE LOS MAGISTRADOS DE LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DOCTORES JOSE ANTONIO MONTALVO, ABSALON FERNANDEZ DE SOTO Y CAMPO ELIAS AGUIRRE.

Corte Suprema de Justicia.—Presidencia de la Sala de Casación Penal.

Bogotá, 23 de septiembre de 1940.

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia.—E. S. D.

En la última sesión de Corte Plena tuve el honor de manifestar a ella, en mi nombre y en el de mis compañeros de Sala, cómo ésta, deseosa de colaborar con el Organo Legislativo del Poder Público en las reformas que la práctica vaya haciendo indispensables para el buen éxito de la nueva legislación penal, ha preparado un proyecto de enmiendas al respectivo Código de Procedimiento, en el capítulo que trata del recurso de casación, proyecto que tengo el agrado de remitir a usted, con la súplica de hacerlo llegar lo más pronto posible a las Honorables Cámaras, a fin de que pueda servir como base de estudio para una ley reformatoria de dicho Código.

Varias otras disposiciones del mismo, referentes a materias distintas de la casación, también necesitan que el Congreso las reconsidere y enmiende.

Me permito exponer en seguida las razones que esta Sala ha tenido en cuenta para elaborar el proyecto de ley sobre casación, y las sugerencias acerca de las otras modificaciones que son urgentes en el Código de Procedimiento Penal.

RECURSO DE CASACION

(Artículos 556 a 570 del Código)

Ampliaron este recurso los artículos 556 y 557 del Código hasta el punto de que casi todos los negocios que cursan en los Tribunales Superiores, ya provengan de juzgados de circuito o de aquellos en que interviene el Jurado, podrán subir en casación a la Corte.

Ahora bien: este recurso se ha establecido con la mira principal de uniformar la jurisprudencia y de que la Corte de casación forme doctrinas que sirvan como norma a los Tribunales y Juzgados para mejor interpretar y aplicar la ley.

Pero si la respectiva Sala, caso de mantenerse el sistema, debiera despachar mensualmente trescientos o más recursos de casación, habrá una imposibilidad de todo orden para hacerlo científicamente, y entonces no podría sentar verdadera doctrina, perdiendo así su principal finalidad la casación, con lo cual queda desvirtuada la naturaleza del recurso.

La Corte insinúa que no se ponga como base para conceder el recurso el máximo de la pena imponible según la ley (artículo 557 del Código de Procedimiento Penal), sino tratándose de sentencias absolutorias; que respecto de las condenatorias se otorgue el recurso según la cuantía de la sanción impuesta en la correspondiente sentencia, y que así se haga tanto para los juicios que se tramitan y fallan en primera instancia por juez de circuito como para aquellos de que conocen los jueces superiores, ya que al referirse a estos últimos el nuevo Código no establece limitación alguna para poder recurrir en casación cualquiera que sea la pena imponible, trátese de sentencias que condenan o que absuelven.

Ha parecido a los Magistrados de esta Sala que es muy aconsejable restablecer la atribución que la ley 118 de 1931 dio al Procurador General de la Nación, máxime existiendo hoy el cargo de Procurador Delegado en lo Penal, para sustentar el recurso cuando la justicia y la recta aplicación de la ley así lo indiquen, aunque el recurrente no haya cumplido con el deber de alegar alguna o algunas causales. Es bien sabido que en la mayoría de los casos el reo ni es capaz de alegar por sí mismo ni tiene medios para estar asistido por abogado que proponga y sostenga el recurso conforme a la técnica propia de la casación.

En cuanto a causales deben modificarse la 2ª y la 5ª del artículo 567 del nuevo Código: la 5ª no tiene razón ninguna de ser con relación a sentencias dictadas en juicios por Jurados, y además se refiere a la simple motivación deficiente de los fallos, no a error o injusticia o ilegalidad de ellos; y la 2ª tiende a convertir la casación en una tercera instancia, puesto que impone a la Corte el examen de los hechos y de las pruebas en todos sus detalles y aspectos, lo cual desnaturaliza por completo el recurso de casación y resulta incomprensible e inaplicable, tratándose de sentencias que pongan fin a un juicio por Jurados.

Considera la Corte recomendable la enunciación de causales que hacía la Ley 118 de 1931, aun cuando, en su concepto, debe prescindirse, como lo hizo el nuevo Código, de la causal correspondiente a injusticia en el veredicto del Jurado, que también tiende a convertir la casación en una tercera instancia. Ahora, si las honorables cámaras optaren por introducir siempre este motivo de casación, cabría mejorar la fórmula que traía la Ley 118, diciendo, por ejemplo, que puede prosperar el recurso si se ha **dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio o viciado de injusticia notoria, siempre que en este último caso la cuestión haya sido debatida y debidamente sustentada en las instancias.**

Por lo demás, en el proyecto de la Corte se reproducen literalmente algunos artículos del nuevo Código, a saber, el 560, el 561, el 562, el 563, el 564 y el 565; y otros casi textualmente, como el 566 y el 570, pues resultaría mejor que, en caso de aceptarse la reforma, quede el capítulo todo debidamente ordenado y armonizado.

ARTICULO 153 DE LA LEY 94 DE 1938

El artículo 153 del **nuevo Código, que permite ordenar la cesación del procedimiento en cualquier estado del proceso,** debe ser revisado para quitarle los pomposos y excesivos caracteres de sentencia a lo que es un auto, y para armonizar esta disposición con las reglas relativas al sobreseimiento.

Convendría decir de modo expreso que quien debe dictar el auto de que trata el artículo 153 es el juez competente, o sea aquel ante quien habría de surtirse el juicio, si fuera el caso de seguirlo; y aun cuando el artículo exige que haya dictamen favorable del Ministerio Público, no sobraría expresar que ese dictamen deben obtenerlo también aquellos juzgados que no tienen fiscal propio, solicitándolo del respectivo personero municipal.

CIERRE DE LA INVESTIGACION:

Artículos 421 y 424.

En el nuevo Código se introdujo un trámite o formalidad que ha resultado inconveniente y debe suprimirse: la de que se declare cerrada la investigación antes de pasar el sumario al Agente del Ministerio Público para que conceptúe sobre él.

Dentro del sistema de la defensa social no es lógico establecer esa ritualidad.

Ocurre, por otra parte, que si el Fiscal considera indispensable, para dar su vista, la práctica de más diligencias, estando cerrada la investigación no puede pedir que se amplíe el sumario, y entonces tendrá que emitir un concepto, quizá no acorde con aquello que del estudio del mérito del asunto deduzca, sino acomo-

dado a los elementos probatorios que en este instante contenga el proceso.

Más todavía: es muy posible que el mismo Juez o Magistrado para cumplir el requisito de declarar cerrada la investigación haya hecho un examen de ella, aunque cuidadoso no tan detallado como el estudio y análisis que se verifican cuando se está dictando el auto de fondo, y caiga en la cuenta, al tiempo de proferir éste, de que faltan elementos probatorios o tal vez meras formalidades en esos elementos, deficiencia que puede hasta impedir la calificación acertada del sumario, sin que le sea dable al Juez suplir tales deficiencias por mediar la extraña clausura de la investigación.

¿No es el auto de proceder o el de sobreseimiento, el que cierra por sí solo, el sumario?

CONSULTABILIDAD DEL AUTO DE SOBRESEIMIENTO

(Artículos 435 a 438)

En el capítulo que trata del sobreseimiento se dejó de incluír el precepto que disponga si aquella providencia es consultable y en qué casos.

La jurisprudencia acerca de la consultabilidad del sobreseimiento, dado ese vacío del nuevo Código, ha sido vacilante y aun contradictoria, pues al paso que algunos Tribunales se han inhibido para resolver consultas de sobreseimiento, basándose en que sin estar ese grado de jurisdicción previsto en la ley no pueden arrogárselo, por ser de estricta interpretación todo lo relacionado con la jurisdicción y competencia, otros Tribunales han seguido conociendo de las respectivas consultas, apoyados para ello en deducciones sacadas de artículos como el 430; y aun alguno ha expedido Acuerdo (de discutible legalidad), en que ordena a los jueces del respectivo distrito judicial que en lo sucesivo consulten con el superior los autos de sobreseimiento.

No sólo la tradición jurídica del país pide que la ley resuelva expresamente sobre ese punto, sino también la necesidad de evitar el desconocimiento de la jurisprudencia al respecto.

OTROS PUNTOS EN GENERAL

Las disposiciones de los artículos 47 y 48 han suscitado dificultades entre los jueces y sobre todo entre los jueces y los funcionarios de policía sobre a cuál de esas jurisdicciones compete el conocimiento de ciertos delitos contra la propiedad, por el sistema mixto que allí se implantó de atribuír la competencia legal en razón de la cuantía del delito y de la cuantía y calidad de la pena imponible. Es menester darle más sencillas y claras normas a dichos jueces y funcionarios.

El artículo 74, sobre tramitación de los incidentes de impedimento; el 235, sobre formalidades en el texto de la declaración de un testigo; el 394, sobre plazo para las ampliaciones del sumario; el 433, sobre declaratoria de reo ausente, y varios más, merecen enmiendas ya en cuanto a los términos de su redacción, ya en cuanto al fondo mismo de algunos de ellos.

Si las comisiones de las Cámaras Legislativas lo estimaren conveniente, los Magistrados de la Sala Penal de la Corte podrían cambiar ideas con ellas acerca de éstos y otros puntos de detalle, verbigracia, el relativo a la forma en que la nueva ley quiere que se redacten las providencias judiciales en materia penal, recargándolas de "resultandos" y "considerandos" (artículo 158), formalismos que no han sido bien aceptados por los juzgadores y que no sólo no son necesarios como garantía de acierto, sino que constituyen un estorbo en la redacción de los fallos.

* * *

He creído conveniente enviar a usted, en doble ejemplar, este oficio y el proyecto sobre casación, a fin de que se digne pasarlos, originales, a los Presidentes del Senado y de la Cámara de Representantes.

De usted servidor muy atento,

Campo Elías Aguirre.

PROYECTO DE LEY SOBRE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo ... Contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en que se imponga al reo pena o medida de seguridad privativa de la libertad que sea o exceda de cuatro años, podrán interponer recurso de casación el procesado, por sí o por medio de su defensor o apoderado, y el Fiscal del respectivo Tribunal.

Artículo, ... Igualmente habrá recurso de casación contra las sentencias absolutorias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial sobre delito que tenga señalada en la ley una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de tres años, o medida de seguridad privativa de la libertad.

En el caso de este artículo el recurso de casación podrá ser también interpuesto por la parte civil.

Artículo .... Asímismo podrá interponer recurso de casación cualesquiera de las partes interesadas en el juicio, contra los fallos que profieran los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en que se declaren incompetentes para conocer en última instancia de recurso que sí sea de su competencia y siempre que se trate de delito que tenga señalada en la ley una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de tres años.

Artículo ... El recurso se interpondrá por medio de memorial dirigido al Tribunal que hubiere dictado la sentencia recurrida.

Artículo .... Propuesto el recurso oportunamente por quien tenga derecho contra una sentencia sujeta a casación, el Tribunal lo concederá inmediatamente y ordenará que se remita el proceso a la Corte, previa citación de las partes.

Artículo ... Si el Tribunal negare la concesión del recurso, el recurrente podrá acudir de hecho a la Corte.

Artículo ... Recibido el expediente en la Corte y repartido, el Magistrado sustanciador ordenará inmediatamente fijar el negocio en lista por el término de cinco días para que, dentro de ellos, las partes puedan alegar sobre la admisibilidad del recurso.

Vencido dicho término, la Sala decidirá dentro de los tres días siguientes si es o no admisible el recurso. Si fuere rechazado, se devolverá el proceso al inferior, si admitido, se ordenará dar traslado a la parte recurrente por el término de quince días para que formule la demanda de casación. Cuando fueren varios los recurrentes, cada uno de ellos tendrá derecho al término expresado.

Artículo ... Vencido el término del traslado al recurrente, se entregarán los autos a las partes no recurrentes, por el término de quince días a cada una, para que contesten la demanda de casación.

Al contestar el traslado y en defecto de la parte recurrente, la Procuraduría General de la Nación sustentará el recurso, si encontrare fundamento legal para ello, y podrá alegar causales distintas de las propuestas por el recurrente.

Artículo ... Si el recurso no se fundare dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto.

Artículo ... Oportunamente fundado el recurso, y vencido el término del traslado a los no recurrentes, si alguna de las partes, dentro de los tres días que siguen solicitare que se celebre audiencia pública, se señalará día para ella y se llevará a cabo en el trascurso de diez días.

La audiencia se efectuará de acuerdo con las disposiciones generales al respecto.

Artículo ... Terminada la audiencia, o pasada la fecha de ella sin que las partes concurran, o trascurridos los tres días de que habla el artículo precedente sin que las partes soliciten la audiencia, pasarán los autos al Magistrado ponente para que formule el proyecto de sentencia.

Artículo ... Son causales de casación:

1ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma;

2ª Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad;

3ª Ser la sentencia violatoria de la ley por error en cuanto a la apreciación del cuerpo del delito;

4ª No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado;

5ª Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio;

6ª Ser la sentencia declarativa de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal en el caso del artículo 3º de esta ley.

Artículo ... La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes.

Artículo ... Cuando la Corte estimare fundadas alguna o algunas de las causales propuestas, procederá así:

a) Si la causal fuere la 1ª, la 3ª o la 4ª de esta ley, la Corte invalidará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo;

b) Si la causal aceptada fuere la 2ª o la 6ª de esta ley, al invalidar el fallo devolverá el proceso para que el Juez o el Tribunal respectivo reponga el procedimiento nulo o dicte la sentencia, y

c) Si la causal aceptada fuere la 5ª de esta ley, invalidará el fallo y devolverá el proceso por conducto del Tribunal, para que el Juzgado de origen convoque nuevo jurado.

Dada en Bogotá a .....

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

AVISO SOBRE EXPLORACION DE PETROLEOS

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril primero de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Pedro A. Gómez Naranjo).

El doctor Emilio Ferrero, como apoderado de la Compañía Explotadora del Carare, S. A., sociedad anónima establecida en esta ciudad, se dirigió al Ministerio de la Economía Nacional en memorial de fecha 27 de octubre de 1938, de conformidad con los artículos 6º y 7º de la Ley 160 de 1936 y 8º del Decreto 950 de 1937, dándole aviso de que la expresada sociedad se propone llevar a la práctica exploraciones en busca de petróleo en un terreno del cual es propietaria y poseedora, denominado "TITULO DE CARARE O DE FLOREZ", llamado también "TITULO DEL CARARE, GUAYABITO O FLOREZ", ubicado en jurisdicción del municipio de Bolívar, Provincia de Vélez, Departamento de Santander, globos cuyos linderos son los siguientes:

"Sobre la derecha de los ríos Guayabito, Carare y Magdalena, siguiendo su corriente; río Guayabito abajo desde el punto donde le entra la quebrada de Armas, hasta su desembocadura en el Carare; este río abajo hasta su confluencia con el Magdalena, este río abajo hasta donde le entra el río Opón; este último río arriba hasta llegar a un punto que queda frente al primer lindero, en donde se fijó un mojón; y de ahí una línea recta hasta encontrar el primer lindero o sea el punto de desembocadura de la quebrada de Armas en el río Guayabito".

El señor Procurador General de la Nación en concepto de 10 de abril de 1939, se opuso a las pretensiones de la Compañía Explotadora del Carare, S. A., por considerar que no tiene — ni tampoco sus causantes han tenido — derecho de dominio sobre el globo de terreno materia del aviso de exploración. Se funda en que en su concepto obran multitud de elementos indicadores de la falsedad de la escritura otorgada a favor de Juan Florentino Sánchez el 22 de noviembre de 1837, título originario del derecho de dominio alegado por la Compañía.

La Junta Asesora de Petróleos no estimó tampoco aceptable para los efectos del aviso de exploración, el título protocolizado por la escritura pública número 778 de 27 de mayo de 1921 de la Notaría Segunda de Bogotá, pues consideró que la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837 materia de esa protocolización, aducida para acreditar la propiedad privada del petróleo del lote del aviso, "está por lo menos en duda en cuanto a su autenticidad, conforme a la investigación que reposa en el Ministerio". Opinó la Junta que el negocio debía pasar a la Corte Suprema de Justicia.

El Ministerio de la Economía Nacional, en resolución de fecha 16 de mayo de 1939, ordenó remitir a la Corte Suprema de Justicia el aviso de exploración con perforación dado por la Compañía Explotadora del Carare, S. A., con fecha 28 de octubre de 1938, a fin de que esta entidad decida si es o no fundada la pretensión de la Com-

pañía avisadora, por cuanto los títulos presentados no se estiman suficientes administrativamente. Como resumen de sus observaciones, el Ministro de la Economía Nacional dice lo siguiente:

"En todo caso, no puede sino considerarse que por lo menos está en duda la autenticidad del título de Juan Florentino Sánchez y en estas condiciones no puede estimarse como idóneo y suficiente para acreditar que por su virtud el Estado le transfirió a aquél en mil ochocientos treinta y siete (1837) el dominio del terreno materia del aviso, incluyendo el subsuelo petrolífero".

En la Corte se abrió sobre este asunto un amplio debate. Durante el término de prueba las partes solicitaron la práctica de numerosas diligencias, como inspecciones oculares en las Notarías de Vélez, Suaita y segunda de Bogotá, en la Registratura de Vélez, en el archivo parroquial de Suaita, en las oficinas del archivo nacional y de la sección de baldíos del Ministerio de la Economía; examen de testigos, solicitud de copias de documentos oficiales, etc.. Tanto el doctor Emilio Ferrero como el señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Carlos J. Medellín, presentaron en oportunidad sus alegatos. Este último funcionario conceptúa que se debe dictar un fallo totalmente adverso a lo solicitado por la Compañía. Para él no es como para la Junta Asesora de Petróleos y para el señor Ministro de la Economía Nacional simplemente dudosa la autenticidad de la escritura de 1837, sino que estima que hay prueba plena de la falsedad, de la adjudicación de los terrenos del Carare, Guayabito y Flórez a Juan Florentino Sánchez.

Terminada la tramitación señalada por la ley para esta clase de juicios, se procede a dictar el fallo pertinente, para lo cual se estudian separadamente y con el orden necesario las diversas cuestiones que es preciso contemplar para decidir este negocio.

Síntesis de la historia del asunto.

El título de la Compañía Explotadora del Carare se apoya, como en causa remota, en una adjudicación de 150.000 fanegadas de tierras en Carare, Guayabito y Flórez a Juan Florentino Sánchez, el 22 de noviembre de 1837.

Los señores Pedro A. López & Cía., aportaron a la Compañía Explotadora del Carare S. A., la propiedad de los terrenos Dichos señores Pedro A. López & Cía. los adquirieron el 23 de julio de 1919, por compra a la sociedad Uribe, Téllez & Cía., por escritura número 1370, de 23 de julio de 1919, de la Notaría 2ª de Bogotá.

Los señores Pedro A. López & Cía., compraron de buena fe los terrenos, por constarles que los vendedores eran sus legítimos dueños, según se podía colegir de la adjudicación que a los vendedcres se les había hecho en el juicio doble de sucesión de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza, protocolizada por escritura pública número 206 de fecha 13 de junio de 1919, de la Notaría de Vélez, y porque el título originario de Juan Florentino Sánchez había sido inscrito en el Libro de Títulos de Baldíos de conformidad con lo dispuesto por la Ley 56 de 1905, sin haber merecido reparo por parte del Gobierno, en los doce años transcurridos desde su inscripción.

Cuando los señores Pedro A. López & Cía. adquirieron los terrenos, nadie había puesto en duda la autenticidad del título de Sánchez y los terrenos eran considerados generalmente como de propiedad privada, porque en ese carácter habían sido inscritos en las oficinas nacionales en cumplimiento de preceptos legales.

Como prueba de la adjudicación de Sánchez, no se había podido obtener la copia notarial registrada, que según constancia de la Tesorería de Bolívar y del Ministerio de Obras Públicas, había sido presentada para cumplir la Ley 56 de 1905. Pero se había obtenido una copia de las diligencias de registro de la mencionada escritura de adjudicación de Sánchez. Para obtener la copia notarial de

que se ha hablado, los señores Pedro A. López & Cía. iniciaron una acción exhibitoria contra el señor Frank Tracey y The Lobitos Oilfields Limited y obtuvieron fallos favorables tanto en el Juzgado del Circuito como en el Tribunal Superior, pero antes de exhibir la copia, el señor Tracey resolvió protocolizarla en la Notaría 2ª de Bogotá, bajo el número 778, el 27 de mayo de 1921.

Dueños de los terrenos los señores Pedro A. López & Cía., pidieron al órgano judicial una inspección ocular en el protocolo de la Notaría de Vélez, para comprobar la adulteración perpetrada en el protocolo de 1862, en una escritura de la que se hizo expedir copia con incorporación de las adulteraciones hechas en la matriz, para pretender sostener con ella que Juan Florentino Sánchez había vendido sus tierras del Carare a Jerónimo Argüello, escritura que también fue protocolizada en la Notaría 2ª bajo el número 779, en mayo de 1921. Como resultado de la inspección se comprobó la adulteración y esto dio origen a un proceso criminal iniciado para averiguar el delito.

La Tropical Oil Company intervino ante el Ministerio para sostener la falsedad dad del título de Sánchez, por considerar que esas tierras pertenecen a la Nación y que están comprendidas dentro de los linderos de la Concesión Mares, de la cual es cesionaria, según contrato que tiene una cláusula que establece el respeto de los derechos de terceros.

The Lobitos Oilfields Limited, una vez convencida de que no existió la venta de Sánchez a Jerónimo Argüello y de que por tanto, los títulos adquiridos de los sucesores de éste no tenían valor, en una actuación adelantada ante el Ministerio de Industrias para que se le eximiera de pagar impuesto predial sobre el título del Carare, sostuvo que las tierras mencionadas pertenecían a la Nación, por ser falsa la escritura de Sánchez. Los señores Pedro A. López & Cía. pidieron al Ministerio de Industrias que a nombre de la Nación conviniera con ellos la manera de terminar la comunidad en las tierras del Carare, por razón de los excedentes que pudieran existir. El Ministerio, con fecha siete de mayo de 1931, negó lo pedido por considerar falso el título originario de los derechos alegados por los mencionados señores y en Resolución de siete de noviembre del mismo año, reiteró su determinación en vista del memorial de reconsideración presentado por los interesados.

El Ministerio de la Economía Nacional, con fecha 16 de mayo del año pasado, resolvió enviar a la Corte el aviso de exploración con perforación dado por la Compañía Explotadora del Carare S. A. con fecha 28 de octubre de 1938, para que esta entidad decida lo que sea legal, por estimar el Ministerio insuficientes los títulos de la Compañía avisadora.

Los títulos presentados.

1º Copia de la escritura número 778, de 27 de mayo de 1921, de la Notaría segunda de Bogotá, que contiene la protocolización de una copia auténtica, registrada, de la escritura pública otorgada por el Tesorero de Hacienda de la Provincia de Vélez al señor Juan Florentino Sánchez, el 22 de noviembre de 1873, por medio de la cual trasmitió a éste 150.000 fanegadas de tierras baldías en el Distrito de Flórez, por haber sido adquirida esa extensión de baldíos por el citado Sánchez en remate efectuado ante la Junta Provincial de Hacienda de Vélez. El acta o diligencia de tal remate se halla inserta en la copia protocolizada anteriormente referida, copia que fue expedida por orden del funcionario que según la organización judicial de aquella época se denominaba Juez Superior del Circuito de Vélez, con fecha 2 de marzo de 1865.

2º Copia auténtica y registrada de la escritura número 1244 de 2 de junio de 1931, expedida ante el Notario 2º de Bogotá, por medio de la cual fue protocolizada una copia auténtica de la partida número 8, expedida por el Tesorero Municipal de Bolívar, y tomada del libro de registro llevado en esa oficina,

en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 56 de 1905 y 49 del Decreto número 1103 de 19 de septiembre de 1905, que acredita el hecho de que la escritura contentiva del remate verificado por Juan Florentino Sánchez el 22 de noviembre de 1837, ante la Junta de Hacienda de la Provincia de Vélez fue inscrita en ese libro el 29 de marzo de 1907.

3º Copia auténtica y registrada, de la escritura número 1243 de 2 de junio de 1931, de la Notaría Segunda de Bogotá, la cual contiene la protocolización de una copia auténtica de la partida número 49, visible a los folios 59 a 61 del Libro de Títulos de Baldíos del Ministerio de Obras Públicas y Fomento, que acredita el hecho de que la misma escritura contentiva del remate verificado por Juan Florentino Sánchez de que se habla en el número precedente, fue inscrita también en el Ministerio de Obras Públicas y Fomento en cumplimiento de las prescripciones del artículo 17 de la Ley 56 de 1905 y 49 del Decreto número 1103 de 19 de septiembre de 1905.

4º Copia auténtica de la escritura número 2336 de 24 de octubre de 1924, de la Notaría segunda de Bogotá, que contiene la protocolización de un certificado suscrito por el Secretario del Ministerio de Industrias, referente al hecho de haberse tomado razón del Título de Carare o de Flórez en el Libro de Registro de Títulos del Ministerio de Obras Públicas, según la Ley 56 de 1905, y sobre el hecho de que la llamada "Concesión Mares" dejó a salvo los derechos de los dueños de propiedades particulares.

5º Copias debidamente registradas de las escrituras de cesión de los derechos y acciones herenciales en la doble sucesión de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza, verificadas por todos los herederos a favor del doctor Rufiniano Téllez, instrumentos marcados con los números 23 de 7 de enero de 1914, 68 de 15 de febrero, 83 de 17 de febrero, ambas de 1914; 69 y 70 de 8 y 9 de diciembre de 1917, otorgadas ante los notarios de Vélez y Bolívar.

6º Copia auténtica y registrada de la escritura número 1197 de 28 de octubre de 1918, de la Notaría 4ª de Bogotá, por medio de la cual fue constituída la sociedad Uribe, Téllez & Cía.; escritura en cuya cláusula tercera consta el aporte que el doctor Rufiniano Téllez hizo a esa sociedad de todos los derechos y acciones que había adquirido en la doble sucesión de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza.

7º Copia auténtica de la escritura número 206, otorgada ante el notario 2º del Circuito de Vélez el 13 de junio de 1919, que contiene la adjudicación hecha a favor de la sociedad Uribe, Téllez & Compañía del globo de terreno llamado "Título del Carare o de Flórez"; adjudicación que se le hizo a la mencionada sociedad como subrogataria de todos los derechos y acciones de los herederos de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza, derechos y acciones que tales herederos habían cedido al doctor Rufiniano Téllez según las escrituras citadas en el numeral 5º de esta relación, y que el doctor Téllez aportó a la referida sociedad Uribe, Téllez & Compañía.

8º Copia auténtica y registrada de la escritura número 1370, de la Notaría 2ª de Bogotá, de 23 de julio de 1919, por la cual la sociedad Uribe, Téllez & Compañía vendió a la sociedad colectiva de comercio Pedro A. López & Compañía los mencionados terrenos de Carare o de Flórez.

9º Copia auténtica y registrada de la escritura pública número 226 de 20 de febrero de 1923, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, por la cual el doctor Rufiniano Téllez, con el asentimiento y ratificación de los otros socios de la sociedad Uribe, Téllez & Compañía, doctores Pedro Ignacio Uribe y Rafael Téllez, trasmitió en venta a la sociedad Pedro A. López & Compañía el pleno dominio y posesión de una porción de terreno, no excedente de dos mil (2.000) fanegadas de extensión, comprendida dentro de los linderos generales del globo denominado "Título de Carare o de Flórez", porción

que el doctor Rufiniano Téllez se había reservado excluyéndola del aporte que hizo a la sociedad Uribe, Téllez & Compañía al introducir en ella los derechos y acciones en la sucesión de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza.

10º Copia auténtica y registrada de la escritura pública número 9 de fecha 4 de enero de 1938 y de la escritura número 320 de 25 de febrero del mismo año, otorgadas ambas en la Notaría tercera de Bogotá, en la primera de las cuales consta el establecimiento de la Compañía Explotadora del Carare S. A. En la misma escritura, aclarada por la número 320, consta que a dicha Compañía aportó la sociedad Pedro A. López & Compañía la propiedad de los terrenos designados con el nombre de "Título de Carare o de Flórez".

11º Siete certificados originales expedidos, tres de ellos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Bolívar (referentes al tiempo en que existió esa oficina de registro), y los otros cuatro por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Vélez, de los cuales aparece que los terrenos llamados "Título de Carare o de Flórez" o "Título de Carare, Guayabito y Flórez", y asimismo la porción no excedente de dos mil (2.000) fanegadas que forma parte de los terrenos, según se dijo, como también los derechos y acciones hereditarios que al doctor Rufiniano Téllez transmitieron los herederos de Juan Florentino Sánchez y Casimira Ariza, se hallan libres de hipoteca, embargo y pleito. Demuestran también los aludidos certificados que la Compañía Explotadora del Carare S. A., actual propietaria del "Título del Carare o de Flórez", no ha enajenado los terrenos que ese título comprende.

Como se ve, por lo anterior, se presentó una titulación que constituye una cadena completa sobre el dominio de los terrenos materia del aviso, desde la escritura de 22 de noviembre de 1837, sobre la cual se hablará más adelante, hasta hoy.

También se presentó una copia expedida por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, del extracto registrado en esa Cámara con fecha 10 de enero de 1938, bajo el número 3760, sobre constitución de la Compañía Explotadora del Carare S. A., con domicilio en esta ciudad, y sobre el nombramiento del señor Pedro N. López para Gerente de la sociedad mencionada. El señor López en el carácter expresado, otorgó poder para representar a la Compañía en estas diligencias al doctor Emilio Ferrero. Con estos documentos se acreditó la existencia de la sociedad y la personería del doctor Ferrero para actuar como su representante.

El protocolo de Vélez del año de 1837.

A petición del señor apoderado de la Compañía, se practicó una inspección ocular por la Sala en el protocolo de la Notaría y de la Registratura de Vélez con el fin de ver si existe la matriz de la escritura de 22 de noviembre de 1837 y la correspondiente diligencia de registro de ese año o del año de 1865. El 23 de octubre del año pasado se llevó a cabo la diligencia en la Notaría de Vélez. En ella consta lo siguiente:

"A continuación se examinó el protocolo de 1837 y se constató que se encuentra incompleto: hay en él varias escrituras de diversos años y fechas distintas legajadas sin orden. También se encuentra la anotación de varios folios sin orden en las páginas del legajo. La última escritura que aparece es otorgada en San Benito el 9 de octubre de 1828. Examinado cuidadosamente el protocolo no se encontró la matriz de la escritura de 22 de noviembre de 1837".

En la diligencia practicada en la Registratura de Vélez consta lo siguiente:

"El Registrador doctor Francisco Pereira Tello puso a disposición de la Sala el archivo de su oficina. Los señores Magistrados lo examinaron detenidamente y pudieron constatar que en él faltaban los libros de registro correspondientes al año de 1837 y los del año de 1865. Respecto de estos dos años sólo existen libros de

anotación de hipotecas". Bajo juramento el Registrador expuso: "Ignoro el motivo por el cual se encuentra incompleto el archivo de esta oficina de registro. Yo lo recibí en el estado en que se encuentra actualmente, cuando me hice cargo de esta oficina que fue el año pasado. Siendo yo muy niño durante la guerra de 1899, y sin recordar el año preciso, ví que en la plaza de esta población fuerzas armadas quemaban papeles pero no sé precisamente a qué archivo pertenecerían los papeles quemados".

Según consta en el cuaderno de pruebas pedidas por el señor Procurador, en la inspección ocular verificada en la Notaría de Vélez a petición de dicho funcionario, se constató que la ecritura de 1837 no existe en el protocolo. Preguntado el Notario, señor Matías Cavánzo, dijo bajo juramento: "A mi modo de ver, la causa de que en el protocolo no exista el original del documento sobre el que se me interroga, fue el incendio del archivo de esta notaría, ocurrido en esta ciudad, en el año de mil novecientos, incendio que ejecutó el Batallón Marín. Yo pasaba por la calle donde está hoy la Notaría, cerca de la plaza y presencié el incendio. En la Notaría hay huellas del incendio, pues se encuentran varios legajos quemados en parte. Del año de 1837, no hay en la Notaría otros documentos distintos de los que se figuran en el legajo que examinó la Sala. Es del dominio público aquí que el Batallón Marín incendió parte del archivo de la Notaría de esta ciudad". Consta en la diligencia que el señor Notario mostró a los Magistrados los legajos correspondientes a los años de 1850 y 1867, en los cuales pudieron constatar las huellas visibles del incendio, pues los documentos se encuentran quemados en parte.

El señor Próspero Benavides, mayor de sesenta años, declaró lo siguiente en el momento de la diligencia:

"Fue cierto que en el año de 1900 un batallón que me parece se llamaba el Batallón Marín, sacó los protocolos de la Notaría de esta ciudad a la plaza y les prendió fuego; no presencié el incendio, pero el hecho fue público en esta ciudad. No sé a qué años correspondería el protocolo quemado: pero tuve conocimiento de que era archivo de la Notaría el incendiado.

En la Registratura de Vélez se examinaron detenidamente todos los libros del archivo. En la diligencia respectiva se hizo constar lo siguiente:

"Previo este examen se constató que desde la fecha de la escritura de veintidós de noviembre de 1837 atrás mencionada, hasta el trece de marzo de 1865 no aparece registrado dicho título en ninguno de los libros de esta oficina. Se observó que muchos de los libros mencionados se hallan incompletos". Del año de 1865 no se encontró sino un libro de anotación de hipoteca. Se encontró un libro incompleto de 1836 a 1837.

Durante el término de las pruebas se trajo a los autos copia de un informe del Secretario de la Prefectura de Vélez, expedida por el Juez Primero Superior de Medellín, oficina judicial donde se encuentra el expediente respectivo. Dice así:

"Recibido hoy quince de febrero de mil novecientos veintiuno y al despacho del señor Prefecto informándole lo siguiente: En esta oficina existen varias clases de archivos pertenecientes a distintas oficinas, el cual fue hallado en la revolución pasada en la plaza pública, según datos, el cual no figura en el inventario y está muy desarreglado, mutilado y quemados en parte los expedientes".

Hay, por consiguiente, la prueba de que el protocolo de la Notaría correspondiente al año de 1837 donde debía hallarse la matriz de la escritura de 22 de noviembre, desapareció y fue quemado posiblemente en la guerra de 1899. También está acreditado que el libro de registro al año de 1865 y el referente al año de 1837, no existen en la registratura y que desaparecieron por las mismas causas que el protocolo de la Notaría.

La autenticidad de la escritura de 22 de noviembre de 1837.

Un instrumento público puede ser impugnado por nulidad, cuando en su otorgamiento no se han observado las formalidades prescritas por la ley, como cuando la escritura no se ha firmado por el Notario, o por las partes o por los testigos, o cuando se ha autorizado por un Notario que no está en ejercicio de sus funciones; y por falta de autenticidad cuando no ha sido otorgado por las partes. El instrumento es falso o carece de autenticidad cuando no ha sido autorizado por el funcionario que en él se expresa o cuando no ha sido otorgado por las personas que lo suscriben, o cuando se han alterado las declaraciones que en él se han hecho.

La distinción entre el instrumento público nulo y el falsificado, existe en el Código Civil. El artículo 766 distingue el título falsificado y el título nulo, pues dice: "No es justo título: 1º El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende"; y el numeral 3º agrega: "El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido". También se encuentra la distinción entre la nulidad y la falsificación de una escritura en el artículo 1934 del C. C.

El señor Procurador Delegado en lo Civil ha impugnado la escritura de fecha 22 de noviembre de 1837, protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, el 27 de mayo de 1921, bajo el número 778, por falta de autenticidad, pues dicho funcionario estima que según aparece plenamente comprobado en el expediente, tal título es falso. Se funda principalmente el señor Procurador Delegado en lo Civil en el dictamen de los peritos que verificaron un cotejo de firmas entre la copia protocolizada de la escritura de 22 de noviembre de 1837 y otros documentos de la época en que fue expedida la copia, y en otros indicios que según aquel alto funcionario se desprenden del proceso y forman la prueba necesaria para invalidar el título originario de la adjudicación de las tierras de Carare, Guayabito y Flórez.

Durante el término de prueba se ordenó practicar una inspección ocular por la Sala con intervención de peritos sobre la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá por medio de la escritura número 778 de 27 de mayo de 1921, para cotejar las firmas del Notario Ignacio Herrera y del Registrador Joaquín Serrano con las de los mismos funcionarios puestas en instrumentos auténticos y en anotaciones de registros existentes en la Notaría y Registratura de Vélez. En aquellas oficinas se tomaron varias fotoscopias y los peritos doctores Miguel Aguilera, Jesús Antonio Uribe y Plutarco Riaño Garrido, rindieron su dictamen después de un detenido estudio de la cuestión. Las conclusiones son las siguientes:

"Las firmas que dicen Ignacio Herrera y Joaquín Serrano en la copia de la escritura de 22 de noviembre de mil ochocientos treinta y siete que se halla protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá por medio de la escritura número 778 del veintisiete de mayo de mil novecientos veintiuno, no fueron puestas por los funcionarios Ignacio Herrera, Notario del Circuito de Vélez en 1865 y Joaquín Serrano, Registrador de Instrumentos Públicos del mismo Circuito en el mismo año.

"Las firmas **Ignacio Herrera** y **Joaquín Serrano** que aparecen en la copia mencionada en la conclusión anterior, son hábiles suplantaciones hechas por imitación libre, de los autógrafos de dichos funcionarios, pero que contienen profundas diferencias, grafológicas analizadas".

Puesto el dictamen en conocimiento de las partes, el doctor Emilio Ferrero manifestó lo siguiente en relación con él:

"No obstante el respeto que merecen las opiniones de los señores peritos grafólogos antes mencionados, me aparto con pena de la conclusión que deducen en cuanto consideran que son apócrifas las firmas del Notario Ignacio Herrera y el Registrador Joaquín Serrano en la escri-

tura de 22 de noviembre de 1837 otorgada en Vélez a Juan Florentino Sánchez y protocolizada en la Notaría Segunda de Bogotá por escritura número 778 de 27 de mayo de 1921. Al formular mi alegato espero poder demostrar que no puede darse el valor de plena prueba a la referida conclusión sino únicamente de mero indicio, que en el caso actual está contrarrestado por indicios importantes que conducen a una conclusión contraria a la que acogieron los peritos.

A reserva pues de tratar en su oportunidad sobre esos puntos, tengo que hacer, sí, desde ahora una respetuosa observación sobre el hecho de haberse extendido los señores peritos, en la parte de su dictamen titulada 'Otros aspectos de la copia', a consideraciones distintas de las que propiamente los señalaba su encargo de grafólogos, lo cual podrá verificar el señor Magistrado con la lectura de las observaciones hechas por los peritos en los numerales segundo, tercero y cuarto de su dictamen. No es que yo piense que de lo anotado en esos numerales y de los otros de que consta la sección resulte ningún argumento válido contra el título de Carare, Guayabito y Flórez; sino que habiendo sido limitada la prueba pedida por el señor Procurador a la confrontación de las firmas del Notario y Registrador que se ven en la copia de la escritura protocolizada bajo el número 778, con otras firmas de los mismos funcionarios halladas en la Notaría de Vélez, estaba fuera de lugar la incursión de los señores peritos a la copia de la escritura protocolizada bajo el número 779, a la cual ninguna de las partes había hecho alusión, por considerar sin duda que esa copia era improcedente para el caso.

"Ha sido pues inoficioso el estudio que de tal copia han hecho los peritos; ni de ella pueden sacarse conclusiones en relación con el examen grafológico encomendado a ellos, no figurando ese documento entre los elementos probatorios de este juicio".

Es fundada en concepto de la Sala, la observación del señor doctor Ferrero. Los peritos, según el mandato del artículo 716 del C. J. deben limitarse a estudiar 'las cuestiones o puntos a ellos sometidos'. Al practicar las inspecciones en la Notaría y en la Registratura de Vélez, se señalaron por la Sala los documentos que debían servir de base para el cotejo de las firmas y de ellos se tomaron las correspondientes fotoscopias. Está, pues, fuera de lugar todo lo dicho por los peritos en el capítulo de su dictamen referente a las observaciones sobre la escritura número once otorgada en el distrito de Flórez, Provincia de Vélez, el 21 de noviembre de 1862, ante el Juez de Circuito 'haciendo las veces de Notario', por medio de la cual vende Juan Florentino Sánchez a Jerónimo Argüello unos terrenos protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, bajo el número 779 el 27 de mayo de 1921, por el señor Leonard William Berry, porque a ese documento no se refiere la prueba pedida en este juicio por el señor Procurador.

Valor probatorio del dictamen de los peritos.

Las disposiciones del Código Judicial referentes a la prueba del cotejo de letras, son las siguientes:

"Artículo 653.—Puede pedirse el cotejo de letras o de firmas siempre que por la parte a quien perjudique, se niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento".

"Artículo 654.—Para los cotejos se tiene en cuenta escritos o instrumentos hechos o firmados por la misma persona de quien se trata, los que se piden en la oficina o archivo público donde se encuentren si pueden sacarse originales; y si no, se practica una diligencia, aun por medio de comisionado, en el lugar donde se hallen. Si están en poder de particulares, éstos son obligados a exhibirlos, salvo protesta, bajo juramento, de que la divulgación les trae perjuicios.

"Por falta de insuficiencia de piezas escritas para hacer la comparación, el Juez ordena a la persona a quien se atri-

buye el escrito o firma, materia del cotejo, escriba lo que se le dicte y su firma al pie".

"Artículo 655.—En el incidente sobre autenticidad de un instrumento, o sobre suplantaciones hechas en él, se admiten como medios probatorios tanto la confrontación de que tratan los artículos precedentes, como cualquier otro tendiente a establecer el fraude".

"Artículo 656.—La prueba resultante del cotejo es incompleta; pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes".

El dictamen pericial, en los casos de cotejo de firmas, no tiene como se ha visto conforme al artículo 656 del C. J., el valor de prueba plena, pues no es un indicio necesario, sino un simple indicio, cuya gravedad le corresponde apreciarla al Juzgador, según las circunstancias especiales que rodean la prueba.

Los tratadistas de pruebas judiciales están de acuerdo en que la prueba resultante del cotejo de letras no puede estimarse suficiente para comprobar la falsedad de un instrumento público. El doctor Antonio José Cadavid opinaba que tal prueba constituye solamente un indicio leve. El señor Arturo Alessandri Rodríguez en su obra sobre Derecho Procesal dice: "El cotejo no es prueba suficiente y sólo sirve de base a una presunción judicial".

La Sala de Casación de la Corte, en sentencia de fecha 21 de mayo de 1927, dictada en el juicio sobre nulidad del testamento del Presbítero Simón Rafael Olaya López, hizo consideraciones muy importantes sobre el valor probatorio del concepto de grafólogos para probar la falsedad de un instrumento público. En ese fallo dice la Corte que las letras, rasgos, perfiles y demás circunstancias de una firma, pueden ser distintos, sin que ello implique necesariamente que fueron escritos por diversas personas. Este concepto está de acuerdo con lo sostenido por los expositores de grafología, que dicen que en la forma de la escritura influyen poderosamente circunstancias especiales que varían con el estado de ánimo del individuo, con las condiciones de salud y aun con factores de orden material, como la calidad de la pluma, del papel y de la tinta. Como se verá más adelante, esto lo establecía la antigua legislación española. Dice así la Corte en la providencia mencionada, publicada en los números 1734 y 1735 de la Gaceta Judicial, página 314:

"Queda por considerar el cargo de falsedad o suplantación de las firmas del presbítero Olaya puestas en el testamento y sobre su cubierta. Se sostiene que esas firmas no son de puño y letra del testador.

"Para esa demostración se adujo el concepto de grafólogos y químicos, quienes opinan que dichas firmas fueron escritas por una persona distinta del testador y llegan a esa conclusión en virtud del examen que de ellas hicieron comparándolas con otras del doctor Olaya, tenidas como auténticas.

'Es de advertir que tales testimonios no pueden tenerse como prueba completa, pues bien se sabe que en materia de grafología hasta ahora no hay principios que se puedan tener como inconcusos para basar sobre ellos una conclusión. Por otra parte las letras, rasgos, perfiles y demás circunstancias de una firma, bien pueden ser distintos sin que ello implique necesariamente que fueron escritos por personas diversas. La firma auténtica de una persona puede ser tan varia, que fácil es considerarla como escrita por distintas personas. Cierto que hay algo característico y permanente en la firma que una persona acostumbra para sus actos públicos y privados, pero esa persistencia de la forma puede variarse o con el transcurso del tiempo, o por una emoción o enfermedad. En estos casos la forma y rasgos de la letra cambia.

'Está demostrado que el doctor Olaya firmó la cubierta del testamento sobre un

libro estando sentado en la cama en momentos en que su salud sufría graves quebrantos, y dados estos hechos natural es suponer que su firma debía aparecer distinta de la que figura en varios documentos estampada en ellos en estados normales.

'Esas exposiciones pueden ser indicios y sirven para reforzar una conclusión, cuando haya otras pruebas que hagan presumible la suplantación de la firma del testador.

'Aquí hay el dicho de un funcionario depositario de la fe pública y de unos testigos actuarios que presenciaron cuando el doctor Olaya firmó la cubierta del testamento, y para desvanecer esta presunción se requiere plena prueba, no meras conjeturas basadas sobre la forma, rasgos, inclinaciones, desviaciones de la letra circunstancias que pueden alterarse a voluntad o por otras causas, sin dejar de ser por ese motivo escritura de una misma persona'.

En providencia de 20 de junio de 1927, la misma Sala dijo lo siguiente:

'La grafología no está recibida hoy como ciencia. No hay en ella principios inconcusos de los cuales puedan derivarse conclusiones científicas rigurosamente ciertas. La química sí lo es, pero tampoco contiene principios de los cuales resulte que la firma que aparece en un documento no sea de la persona cuyo nombre se lee en ella'.

Y en el mismo fallo sentó la siguiente doctrina, que es de indudable importancia para el estudio del caso sometido hoy a la decisión de la Sala:

'La afirmación de los químicos expertos de que hubo calcamiento de la firma del que aparece otorgante de un instrumento público, sería un indicio de valor si existiera principio de prueba de que otra persona distinta del otorgante la estampó. Si no existe ese principio de prueba, no hay razón para considerarla falsa o suplantada'.

En relación con la prueba de cotejo, el expositor Bellot, citado por Gallinal, dice que esta prueba se funda en la suposición de que cada persona da a su escritura un carácter o estilo propio, un aspecto particular que permite deducir, por la comparación y el examen de las semejanzas o diferencias de dos escritos, si están o nó trazados por la misma mano. Y agrega el citado autor:

'Esto no es fácil, ni está exento de peligro, porque en realidad los hombres no escriben siempre de la misma manera, pues, como muy bien lo decía la Ley 188 del Título 18, de la partida tercera: Ca- a **vegadas face desemejar las letras los varientos de los tiempos en que son fechas, o el mundamiento de la tinta o de la peñola; o otrosí, se podrá desemejar la letra por enfermedad o por vejez, ca de una manera escribe ome cuando e sano, e de otra manera cuando e viejo e enfermo.** La distinta posición de la mano, el mayor o menor cuidado o hábito de escribir, el estado de agitación o tranquilidad, bastan para producir una desemejanza en la letra o la firma de una persona, aunque no haya por su parte una intención culpable; y todo esto disminuye considerablemente la fuerza de la suposición, base del cotejo, de que cada persona escribe siempre del mismo modo'.

Las mismas Leyes de Partidas, que son un conjunto de sabios principios, como se ve por la transcripción anterior, anotaron las causas que existen para las diferencias en los signos de la escritura de una misma persona. Estas diferencias han sido consideradas por los autores de grafología, como Muchón, Rogues de Fursac, M. Crépierx-Jamín y otros, motivo de graves dificultades para labor de los grafólogos y causa de debilitamiento de la prueba del cotejo de letras. Un autor se refiere con mucha claridad a esta importante cuestión en los siguientes términos:

'Es preciso tener siempre en cuenta que sobre el grafismo influyen, no sólo las condiciones permanentes del carácter, la inteligencia, la cultura, la sensibilidad y la energía sino toda clase de influencias pasajeras interiores y exteriores. Llamo interiores a las diferentes disposiciones de ánimo, como la ira, la depresión, la tris-

teza, la alegría, el entusiasmo, el cansancio, la zozobra, el terror, la actitud cohibida, los estados patológicos; e influencias exteriores, a la posición material del escritor, que puede ser incómoda, al instrumento de que se sirve para escribir, no siempre adecuado, el papel y la tinta, a la mesa mal asegurada, a la luz deficiente, al ruido en torno suyo, a la temperatura.

'Todos hemos podido comprobar en diversas ocasiones las diferencias entre dos autógrafos de la misma persona, producidos en diversas épocas y en circunstancias opuestas'.

En el libro "Grafología", de M. Ras, se publican siete autógrafos de Napoleón, escritos en diversas circunstancias, que si no fuera por la seguridad de su autenticidad, nadie podría decir que son escritos por la misma mano.

Por eso la Corte ha dicho que la prueba de cotejo puede ser un indicio de valor, pero si existe un principio de prueba de que otra persona distinta de la que aparece estampó la firma.

La prueba de indicios

Los peritos en su dictamen dicen de manera categórica que las firmas de la copia protocolizada del instrumento público de que se ha venido tratando, 'no fueron puestas por los funcionarios Ignacio Herrera, Notario del Circuito de Vélez en 1865, y Joaquín Serrano, Registrador de Instrumentos Públicos del mismo Circuito en el mismo año', y que tales firmas son hábiles suplantaciones hechas por imitación libre, de los autógrafos de dichos funcionarios'.

La forma rotunda y definitiva de las conclusiones del informe, no le da a este documento más fuerza de la que puede tener conforme a la Ley, porque es al juzgador a quien corresponde apreciar el valor probatorio del dictamen de los expertos de conformidad con las circunstancias que presenten los hechos.

La Corte, en sentencia de fecha 12 de julio de 1920, dijo lo siguiente:

'Los peritos no tienen facultad para declarar la existencia de una falsedad; de lo contrario estaría de más la autoridad judicial que conoce del asunto. Por otra parte, el juzgador no está en la obligación de atender el dictamen; él tiene facultad de darle el valor que crea correcto'. (J. de la C., tomo III, número 1689).

Para el señor Procurador Delegado en lo Civil, el dictamen de los peritos grafólogos que practicaron el cotejo de las firmas del Notario Ignacio Herrera y del Registrador Joaquín Serrano, puestas en la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, reúne en sí no sólo las circunstancias previstas en el artículo 657 del C. J., sino otras que lo colocan en el más alto grado de gravedad o vehemencia, porque pocas veces se ve un dictamen pericial de cotejo que revele un estudio tan sólido y extenso; porque la fundamentación del dictamen es completa; porque la fama de los peritos es de pública notoriedad; porque el dictamen fue unánime; porque ya se había practicado otro cotejo en unas diligencias administrativas del Ministerio, que había llegado a idénticas conclusiones.

La Sala observa:

Indudablemente el dictamen de los peritos grafólogos señores Aguilera, Uribe y Riaño, es un trabajo erudito, documentado y serio que corresponde a la merecida fama de los autores, que son personas versadas en la materia. Pero además de las observaciones que se han hecho sobre el valor de la prueba de cotejo, hay circunstancias que le quitan trascendencia al dictamen aludido e indicios que contrarrestan la gravedad de dicha prueba.

En primer lugar, la prueba de cotejo se ha realizado en un protocolo descuidado, incompleto y conservado en las peores condiciones y transcurridos más de setenta años de extendidos los documentos que sirvieron de base para la comparación de las firmas, cuando la acción del tiempo ha sido suficiente por sí sola para alterar los caracteres de la escritura, todo lo cual contribuye a hacer menos seguras las bases en que se apoyan las conclusiones de los expertos.

Por otra parte, existen en el expedien-

te pruebas de otros dictámenes periciales que forman indicios de valor semejante sobre la autenticidad de la escritura y que enfrentados al informe de los grafólogos doctores Aguilera, Uribe y Riaño, contrarrestan o, por lo menos, debilitan considerablemente su fuerza probatoria. De estos dictámenes se hablará por separado.

Durante el término de prueba se trajo a los autos copia de una diligencia de cotejo practicada en Vélez el 10 de mayo de 1921, para comparar las firmas de la copia de la escritura expedida el 10 de marzo de 1865, con otras de la misma época del Notario Ignacio Herrera y Joaquín Serrano, en unas diligencias adelantadas por la policía judicial nacional. La copia fue enviada por el Juzgado Primero Superior de Medellín, donde se encuentra archivado el expediente. La diligencia en la parte pertinente dice así:

'En seguida procedieron los peritos (Próspero Benavides y Bernabé Padilla) a practicar el cotejo entre la firma que dice 'Ignacio Herrera' y que aparece estampada autenticando en calidad de Notario la copia expedida para el señor Jerónimo Argüello, con fecha diez de marzo de mil ochocientos sesenta y cinco, con otras firmas autógrafas del mismo Notario señor Herrera que se hallan en el protocolo del año de mil ochocientos sesenta y cinco; y los peritos dijeron: de la comparación hecha de las firmas que dicen 'Ignacio Herrera' tanto en la copia que se nos pone de presente como en el Protocolo de la Notaría, observamos que hay bastante parecido en los rasgos caligráficos de la letra del nombre y la rúbrica, aunque no podemos afirmar una completa exactitud, dejando así cumplido nuestro encargo. Acto continuo se les dio posesión a los señores Bernabé Pinilla y Luis Felipe French, como peritos nombrados para hacer el cotejo entre las firmas que aparecen autenticando las copias presentadas y conocidas ya de autos, que dicen: "Joaquín Serrano", con otras firmas auténticas del mismo Serrano en su calidad de Registrador de Instrumentos Públicos y que se hallan autógrafas, en el libro de Registro que lleva esta inscripción en la portada: "Legajo número 12 (tachado) 13.—Libro de Registro número 1º en que se hacen las inscripciones de los títulos, autos y documentos de que habla el (hay una palabra borrada) 1º, artículo 97 del Decreto Ejecutivo de 28 de noviembre de 1892 sobre Notarías y Oficinas de Registro 1863.—F.—169—1863"; y habiéndoseles recibido juramento en forma legal prometieron cumplir bien y fielmente con los deberes del encargo. En seguida, puestos de común acuerdo, expusieron: Somos mayores de edad, vecinos de esta ciudad y sin generales. Hemos examinado detenidamente varias de las firmas autógrafas que dicen: 'Joaquín Serrano' y que se hallan en el libro de Registro que se nos ha puesto de presente por el señor Próspero Benavides, en su calidad de Registrador, y hemos hallado que dichas firmas autógrafas tienen bastantes diferencias en los rasgos caligráficos de unas con otras; y comparadas esas mismas firmas con las que dicen: 'Joaquín Serrano' y que aparecen autenticando las copias presentadas, encontramos bastante semejanza tanto en los caracteres de la letra como de la rúbrica, por lo cual conceptuamos que bien puede suceder que hubieran sido puestas por la misma mano, aclarando que la letra de las firmas que aparecen en las copias, es más perfecta en sus rasgos grafológicos que la de las firmas autógrafas del Libro de Registro, aun cuando eso se puede explicar por la diferencia de pluma. En estos términos dejamos cumplido el encargo que se nos confió. En este estado manifiestan los señores peritos Benavides y Padilla que desean hacer una aclaración a su anterior dictamen pericial, consistente en manifestar que la letra de la firma que dice 'Ignacio Herrera' y que autentica la copia de que hemos hecho referencia tiene pequeña diferencia en los perfiles de las firmas que del mismo individuo se encuentran en el Protocolo, quizá por causa de pluma, papel y estado de ánimo del individuo, pudiendo admitir que bien pudo suceder que

una misma mano pusiera ambas firmas, la de la copia y las del Protocolo".

El dictamen anterior es opuesto al de los grafólogos en este juicio. Para el señor Procurador Delegado en lo Civil, sólo este último debe ser aceptado. Pero no se ve la razón jurídica que haya para desestimar la prueba que se produjo sobre el cotejo de los mismos documentos, con más de diez y ocho años de antelación. No podría tampoco dársele **mayor valor** al dictamen de 1921; pero la presencia de dos dictámenes contradictorios sobre la misma cuestión, sí sirve para confirmar lo que se ha expuesto en este fallo sobre la debilidad y posible valencia de la prueba de cotejo de firmas, que sólo puede producir, como lo estiman eminentes expositores, indicios leves.

Según el dictamen de los peritos grafólogos, tanto la firma del Notario, señor Ignacio Herrera, como la del Registrador, señor Joaquín Serrano, son apócrifas. Lo que indica que es falsa no sólo la escritura sino también la nota de registro. Contra la afirmación de que el registro de la escritura es falso, existe en el expediente un indicio de gran fuerza que permite afirmar que el registro es auténtico, como se verá a continuación.

En la página 000152 del tomo I de la documentación enviada en varios volúmenes por el Ministerio de la Economía Nacional a la Corte, como antecedentes de este asunto, hay una copia de la escritura número once otorgada ante el Juez Notario del Distrito de Flórez el 21 de noviembre de 1862, que contiene la venta del terreno llamado "Cenicero", hecha por Juan Florentino Sánchez a Jerónimo Argüello. A continuación de la copia, que está autorizada por el Juez Notario Euterio Hernández y por el Secretario Nicomedes Pinzón, se encuentra una nota suscrita por el Registrador Joaquín Serrano, en que expresa haber sido registrada la escritura el 13 de marzo de 1865 y a continuación hay esta adición, de puño y letra del mencionado Registrador Serrano:

"En la misma fecha y al folio cuarenta vuelto se registró la escritura que otorgó el Tesorero de Hacienda en favor de F. S. por ciento cincuenta fanegadas de tierra en el sitio de Guayabito con los linderos siguientes, el río Obto, abajo desde el punto donde le entra la quebrada de Armas a dar donde desemboca en el Carare el Carare abajo hasta donde entra en el Magdalena este abajo donde le entra el Opón, este río arriba hasta venir a dar frente del Cerro de Armas el cual se despunta por medio de una línea trazada desde un punto donde hay una catarata a dar al punto primer lindero que es el punto donde entra la quebrada de Armas del río Guayabito esto con fecha 22 de noviembre de 1837". (Se conservan la ortografía y puntuación del original).

La nota se refiere al título materia de este debate, como se ve por los linderos, fecha y nombre del adjudicatario, o sea Juan Florentino Sánchez, mencionado en la anotación con las iniciales F. S.

En la Resolución de diez y seis de mayo del año pasado, el señor Ministro de la Economía Nacional se refiere a la anterior nota de registro y llega a la conclusión de que esa circunstancia debilita "la tesis del no otorgamiento de la escritura a Sánchez". Dice así la providencia aludida:

"En cambio, no debe pasarse por alto que en una copia de la escritura número once (11) de veintiuno (21) de noviembre de mil ochocientos sesenta y dos (1862), de la Notaría de Flórez, que contiene la venta de cuatrocientas cincuenta (450) fanegadas de tierra hecha por Juan Florentino Sánchez a Jerónimo Argüello, copia que aparece expedida el mismo día del otorgamiento de la escritura, se encuentra una nota de registro de trece (13) de marzo de mil ochocientos sesenta y cinco (1865), con la firma del señor Joaquín Serrano como Registrador, y a renglón seguido una constancia en que se dice que en la misma fecha se registró "La escritura que otorgó el Tesorero de Hacienda en favor de F. S. por ciento cincuenta mil (150.000) fanegadas de tierra en el sitio de Guayabito con los lin-

deros siguientes, el río Obto. abajo desde el punto donde le entra la quebrada de armas a dar donde desemboca en el Carare el Carare abajo hasta donde entra en el Magdalena éste abajo hasta donde le entra el Opón, éste río arriba hasta venir a dar en frente del Cerro de Armas el cual se despunta por medio de la línea trazada desde el punto donde hay una catarata a dar al punto primer lindero que es el punto por donde entra a dar a la quebrada de Armas al río Guayabito, esto con fecha veintidós (22) de noviembre de 1873 (véase folios 000152, 000153 y 000153 vuelto del tomo número 1 de los documentos).

"Como en concepto de los peritos grafólogos (folios 000139, 000140 del tomo V de la investigación), tanto la firma del Registrador Joaquín Serrano como la constancia a que se acaba de aludir son de su puño y letra, no hay duda que esto debilita algún tanto la tesis del no otorgamiento de la escritura a Sánchez, si bien se observa que en la escritura número once (11) de mil ochocientos sesenta y dos (1862) el expresado Sánchez, aparece no sabiendo firmar, cuando hay razones de peso para pensar que sí sabía, razones que no se exponen ahora para no alargar demasiado ese proveído.

"En todo caso, no puede sino considerarse que por lo menos está en duda la autenticidad del título de Juan Florentino Sánchez, y en estas condiciones no puede estimarse como idóneo y suficiente para acreditar que por su virtud el Estado le transfirió a aquel en mil ochocientos treinta y siete (1837) el dominio del terreno materia del aviso, incluyendo el subsuelo petrolífero".

El dictamen a que se refiere el señor Ministro de la Economía Nacional es el de los expertos grafólogos oficiales, señores Eduardo Toro Pereira y Miguel González Rey, quienes dijeron con fecha 16 de octubre de 1932 lo siguiente, en relación con las firmas y la letra de la escritura número 11 de que se ha hablado y de la constancia del registro de la copia de la escritura de 1837.

"Analizadas, cotejadas y comparadas todas y cada una de las letras que forman el texto manuscrito del folio 40, y que corresponden a la fotoscopia número 99 (la misma que está numerada con el 39 y sus respectivos facsímiles), con todas las letras que componen las autografías que rezan, 'Joaquín Serrano' —en las respectivas escrituras, de donde fueron tomadas las fotoscopias de que se ha hablado anteriormente, se presentan en todas ellas, los mismos aspectos y modalidades, tanto caligráficos como grafísticos. — Además, como una particularidad de esta escritura, se anotan los puntos siguientes: todos los finales de las letras 'S S' mayúsculas, terminan en un gancho, reentrante sobre sí mismo, de tipo dextrógiro, y de tamaño más bien largo, que demuestra el impulso que poseía el individuo a quien pertenecía la mano, que al ser movida por los movimientos volitivos, de los centros vasomotores del cerebro, trazaba aquellas letras. Este individuo que poseía un temperamento nervioso-sanguíneo, con 55 años más o menos de edad, regularmente instruído, firme en sus determinaciones, fácil de llevar, por ser bastante dócil, presenta en sus letras y rasgos, especialmente en las letras 't t t' minúsculas, esta confirmación plena del análisis que se ha efectuado. Aunque las dichas letras 't t t' aparecen construídas con cierta fogosidad, cuando las barras se encuentran trazadas hacia atrás, lo cual confirma el estudio de que se habla: y así sucesivamente, donde se quiera verificar esta confirmación, se encontrarán los reflejos volitivos que producían los impulsos definidos para darle la forma expresiva a todas sus caligrafías.

"Después de haber verificado este examen como los anteriores, con todo cuidado y atención, se puede asegurar que la mano que trazó todo el texto manuscrito, que corresponde al mismo folio en el que fueron tomadas las fotos números 39 y 99, respectivamente, perteneció al individuo que se llamaba **Joaquín Serrano** (las fotoscopias números 39 y 99 son de par-

te de la escritura número 11 y de la constancia del registro de la escritura del año de 1837 y se encuentran a los folios números 65 y 125 del tomo VI de los documentos enviados por el Ministerio de la Economía Nacional).

Por todo lo anterior se ve que el mismo Ministerio encuentra fundamento para sostener que la escritura del 22 de noviembre de 1837 se registró, apoyado en el dictamen de los expertos y en datos del expediente. Por consiguiente, esta circunstancia debilita considerablemente la fuerza probatoria del dictamen de los peritos doctores Aguilera, Uribe y Riaño sobre la falsedad de dicho registro.

El señor Ministro de la Economía Nacional no afirmó la falsedad de la escritura de 1837, como sí lo hicieron los peritos, sino que manifestó que había dudas sobre su autenticidad. Por eso remitió el expediente a la Corte, de acuerdo con la Ley de Petróleos, para que se decidiera el punto en un juicio breve y sumario, en el cual hubo amplitud para pedir las pruebas y para practicarlas. Ningún elemento probatorio distinto de los conocidos por el Ministerio se trajo a los autos, a excepción del dictamen de los expertos ya nombrados, para acreditar la falsedad del título de Carare, Guayabito y Flórez. La Corte no puede fundar en una simple duda una decisión tan grave como la de declarar la falsedad de un documento público, amparado por una presunción de autenticidad, la cual debe ser destruída con plena prueba.

Otros indicios.

El señor Procurador dice que existen en el expediente las pruebas de otros indicios que unidos al que resulta del dictamen de los peritos, forman la plena prueba necesaria para declarar que la escritura de 22 de noviembre de 1937 es apócrifa. La Sala considera que los hechos expuestos por aquel alto funcionario no constituyen indicios suficientes para comprobar la falsedad de la escritura, según el estudio detenido que se hará a continuación, siguiendo el orden y la numeración del señor Procurador.

— I —

Dice el señor Procurador que no se encuentra original alguno de la escritura a que se refiere la copia que se ha estudiado, ni de la adjudicación de ciento cincuenta mil fanegadas de terrenos baldíos a Juan Florentino Sánchez, ni del pago de ciento cincuenta mil pesos, precio de la adjudicación y de la venta ni de documento alguno de los que aparecen insertos en la copia, ni de registro anterior al año de 1865. En el archivo nacional se buscaron los elementos de que se viene hablando y no fueron hallados, como sí aparecen datos que dan cuenta de otras adjudicaciones de baldíos por aquella época.

Dice el señor Procurador que las anotaciones encontradas en el archivo nacional referentes al registro de la adjudicación de Sánchez no constituyen elementos indicativos de su autenticidad y de la existencia de los documentos originales.

Se observa:

Quedó acreditado en autos que el original de la escritura de 22 de noviembre de 1837, no se encuentra en la Notaría de Vélez, pues el protocolo está incompleto y en malísimo estado. La posible causa de la desaparición de parte del protocolo fue un incendio hecho por fuerzas militares en la guerra de 1899, según se pudo comprobar con las declaraciones de dos testigos y con la inspección ocular practicada por la Sala, la cual encontró huellas de incendio en los expedientes, como lo afirma el mismo señor Procurador en su alegato de conclusión, pues dicho funcionario asistió a la diligencia. De manera que la desaparición del original está plenamente acreditada y esa circunstancia no se puede por ningún motivo estimar como indicio que corrobore el dictamen de falsedad de la copia presentada, porque con esa lógica habría que estimar como falsas todas las copias de instrumentos públicos cuando las matrices han desapare-

cido de los protocolos, contra lo que establece la ley.

Tampoco puede estimarse como indicio en favor de la tesis de la falsedad de la ecritura el hecho de que los originales de la adjudicación y de los documentos mencionados en la copia no se hayan encontrado, porque se trata de una adjudicación hecha hace más de un siglo, tiempo en el cual han podido ocurrir numerosos motivos para la pérdida o extravío de los documentos y porque hay centenares de oficinas en el país que guardan archivo de documentos de la época citada, las cuales sería poco menos que imposible revisar para buscar los originales que menciona el señor Procurador. Si en todos los casos de adjudicaciones de baldíos se exigiera la presentación de los originales, sería extraordinariamente difícil comprobar la propiedad privada de las tierras y ésta quedaría en situación verdaderamente precaria. Por causa de las guerras civiles, los archivos antiguos fueron destruídos casi en su totalidad. Otros han desaparecido por el abandono en que se han tenido o por la acción del tiempo y de la polilla, como ha podido observarlo la Sala en varias inspecciones oculares practicadas para investigar la procedencia de titulaciones de tierras.

Más adelante se hablará del valor del registro de los títulos en cumplimiento de varias disposiciones sobre baldíos, registro al cual parece no darle importancia de ninguna clase el señor Procurador.

— II —

La adjudicación de Juan Florentino Sánchez fue hecha en 1837 y no aparece que de ella se hubiera expedido copia ni se hubiera registrado sino en el año de 1865, es decir, más de veinticinco años después de su otorgamiento. Dice el señor Procurador que todo indica que Sánchez no tuvo en su poder copia registrada de la escritura, de lo cual deduce un indicio en favor de la tesis de la falsedad.

Tampoco puede estimarse como indicio el hecho anotado por el señor Procurador, porque la copia expedida a Sánchez bien pudo extraviarse y la ley contempla esa posibilidad, desde que permite expedir nuevas copias a los interesados. Además, en el expediente hay prueba de una circunstancia que indica claramente que además de la copia protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, bajo el número 778 de 27 de mayo de 1921, existió otra copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837. En efecto, como lo observó la Sala en la inspección ocular practicada en la Notaría Segunda de Bogotá el dos de noviembre del año pasado, la copia protocolizada allí, bajo el número indicado, sólo tiene la diligencia de registro de la oficina de Vélez. En la inspección ocular verificada el siete del mismo mes en el Departamento de Tierras del Ministerio de la Economía Nacional, se pudo constatar que en la sección cuarta del Ministerio de Obras Públicas y Fomento se registró el 25 de enero de 1908 una copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 56 de 1905, y que el veintinueve de marzo de 1906, bajo la partida número 8, a los folios 40 a 45 del libro respectivo, se registró en la Tesorería Municipal de Bolívar, en cumplimiento de la misma ley citada, la escritura de 22 de noviembre de 1837. Es obvio, pues, que en la copia respectiva se debió consignar la constancia de estos registros, si es que el documento no quedó en poder del Ministerio. Pero sea que esto sucediera así o que el título anotado se devolviera a los interesados, todo indica que hubo otra copia de la escritura nombrada, distinta de la que se protocolizó en la Notaría 2ª.

— III —

El señor Procurador considera como indicio que apoya la tesis de la falsedad de la copia de la escritura de 1837, el hecho de que dicha copia se expidiera a favor del señor Jerónimo Argüello, porque dice el señor Procurador, "con ese sólo nombre es en este proceso signo de falsedad y fraude". Llama la atención de la Sala

sobre el hecho de que la escritura número 11 de 21 de noviembre de 1862, otorgada por Juan Florentino Sánchez a favor de Jerónimo Argüello ante el Juez Notario del Distrito de Flórez (folio 56 del cuaderno número 4 (pruebas de la procuraduría), sobre venta de cuatrocientas cincuenta fanegadas de tierra en el sitio de Guayabito y hacia la manera burda y descarada como se alteró su contenido, lo cual dio lugar a una investigación criminal.

El hecho alegado por el señor Procurador es exacto y de la circunstancia apuntada, hay numerosas comprobaciones en el expediente. Pero eso no indica en manera alguna que el señor Argüello aparezca como falsario ni que contra su nombre haya ninguna sospecha. El mismo señor Procurador hace la salvedad cuando manifiesta: "no llego a sostener que el falsario hubiera sido precisamente el mencionado Argüello".

De manera que la sola circunstancia de que el nombre de Argüello aparezca en un título adulterado y de que a dicho individuo se le expidiera la copia de la adjudicación a Sánchez será significativa, como lo dice el señor Procurador, pero no puede aceptarse como indicio en favor de la tesis de la falsedad, porque no hay razones fundadas para llegar a esa conclusión.

— IV —

Dice el señor Procurador que hay una desproporción entre la personalidad de Sánchez y la adquisición de tan enorme riqueza. Agrega que Juan Florentino Sánchez era un personaje oscuro que murió en extrema pobreza. Fue sepultado en un Corregimiento sin que siquiera se hubiera dado cuenta de su muerte a funcionario alguno civil o eclesiástico. Concluye preguntando si todo esto guardará proporción con la persona de un campesino que era propietario de ciento cincuenta mil fanegadas de tierra.

La inteligente observación hecha por el señor Procurador, se puede explicar por el poco valor que las tierras tenían en Colombia en la época de la muerte del señor Sánchez. Bien podía un individuo tener grandes extensiones de terrenos incultos y carecer de lo necesario para los gastos urgentes de la vida. Por otra parte, no hay pruebas de que en la época de la adjudicación hecha a Sánchez, éste fuera un hombre sin recursos. La circunstancia de aparecer su nombre en numerosas escrituras de ventas y de compras en la Notaría de Vélez indica precisamente lo contrario.

Se ha aducido como argumento en contra de la adjudicación la enorme extensión de los terrenos indicados. Pero este argumento se desvanece si se tiene en cuenta lo siguiente:

Por decreto de 1º de febrero de 1830, el Libertador asignó cuatro millones de fanegadas de tierras baldías a nacionales para recibir su pago en vales de la deuda consolidada, emitidos por la Comisión de Crédito Público. Si se estudian las adjudicaciones de baldíos de la época, se observa que se hicieron varias de considerable extensión, como la que cita el doctor Emilio Ferrero en su alegato de conclusión, hecha en 1835 al señor Juan Uribe por 160.000 fanegadas. (Recopilación de las leyes y disposiciones vigentes sobre tierras baldías, edición oficial de 1884, página 102).

Otro factor que debe tenerse en cuenta para el estudio de esta adjudicación, es el precio de la venta de los terrenos. A primera vista se hace excesiva la cantidad de ciento cincuenta mil pesos. Pero como el pago de los remates de tierras baldías se hacía en vales de la deuda doméstica consolidada del 3 por 100, documentos que tenían un valor exiguo, la citada suma queda reducida a muy poca cosa. Hoy mismo, no obstante que las circunstancias han cambiado favorablemente para la cotización de las tierras, los bonos de tierras baldías no tienen casi valor. Durante el término de pruebas se trajo a los autos un ejemplar del Boletín de la Bolsa de Bogotá, correspondiente al 21 de junio de 1929, foja 61 del cuaderno nú-

mero 5, en el cual consta que a fecha indicada se vendieron bonos representativos de mil hectáreas de baldíos a cinco centavos cada uno. Por consiguiente, no es extraño que Juan Florentino Sánchez pudiera adquirir las ciento cincuenta mil fanegadas de que habla su título, que eran 96.000 hectáreas, en aquella época en que los vales de la deuda doméstica no debían tener casi valor, dadas las circunstancias especiales que atravesaba el país y el valor insignificativo que tenía entonces la tierra, especialmente en las regiones montañosas y difíciles de cultivar.

Tampoco tienen mayor fuerza las alegaciones que con relación a este punto, hace el señor Procurador Delegado en lo Civil.

— V —

Dice el señor Procurador:

"La documentación que aparece inserta en la seudocopia de la pretendida escritura de 1837, a favor de Juan Florentino Sánchez, consistente en notas, oficios o comunicaciones de funcionarios administrativos, en relación con el pretendido remate de ciento cincuenta mil fanegadas de tierras baldías en la región del Carare, es con muy pequeñas diferencias, igual en su tenor literal, en sus números, en sus fechas y en sus firmas, a la que aparece agregada a una escritura de venta hecha a los herederos de Jerónimo Castañeda el 18 de noviembre de 1837, con base en el remate de terrenos baldíos efectuado en vista de este último. Esa rara igualdad de documentación fue puesta muy en claro, mediante un detenido examen comparativo, en la Resolución del Ministerio de Industrias de fecha 7 de marzo de 1931, por medio de la cual se negó lo solicitado por la Sociedad Pedro A. López & Compañía, en el sentido de que se procediera de común acuerdo a localizar y delimitar las ciento cincuenta mil fanegadas de tierra de que se pretendía dueña con base en la adjudicación Sánchez. Copia de aquella extensa Resolución obra en el proceso y aun cuando la igualdad de documentación a que me vengo refiriendo aparece con sólo leer las escrituras de adjudicación a Sánchez y a Herederos de Castañeda, que también forman parte del proceso, suplico a la Honorable Corte, para mayor claridad, se sirva detenerse en la lectura del examen comparativo de documentos que en doble columna se hace en la citada Resolución (folios 000375, tomo 2º y 000218, tomo IV).

"Se dirá que esta rara circunstancia es equívoca como indicio, por cuanto muy bien puede indicar falsedad en el título de los herederos de Jerónimo Castañeda, habiendo podido usarse para fraguar éste, cambiando nombres, la documentación perteneciente al título de Sánchez. Pero es que contra el título de los Castañedas, no obra una sola circunstancia de falsedad, como las hay en abundancia contra la pretendida adjudicación Sánchez. Y por el contrario hay datos oficiales auténticos que dan noticia cierta de haberse pagado el precio correspondiente al título de los Castañedas, al paso que no se ha encontrado el menor dato, siquiera indirecto, sobre el pago de la pretendida adjudicación Sánchez".

Se observa lo siguiente:

El doctor Carlos J. Medellín, Procurador Delegado en lo Civil, en memorial de 15 de julio del año pasado, se opuso a que se acceda a las pretensiones de la Compañía Explotadora del Carare, por no reconocer la autenticidad de la escritura de 22 de noviembre de 1837 y para terminar dijo lo siguiente:

"Acompaño a este escrito de oposición, para que hagan parte del proceso, todos los documentos remitidos a esa Honorable Sala por el Ministerio de la Economía Nacional junto con el expediente de aviso. Esos documentos son los contenidos en los seis cuadernos empastados que se remitieron como parte integral de dicho expediente".

Los seis volúmenes a que se refiere el señor Procurador y que hoy forman parte del proceso, contienen varios documentos recogidos por el Ministerio, en relación con el título del Carare, Guayabito y

Flórez, y una actuación administrativa relacionada con la investigación de varios hechos referentes a esos títulos. Ese extenso proceso tuvo como base la iniciativa de algunos particulares que tenían empeño en desvirtuar el título mencionado, para favorecer denuncios de bienes ocultos, que en definitiva no prosperaron, y la intervención de algunas compañías extranjeras que deseaban cooperar con el Ministerio en la recuperación para la Nación de los terrenos mencionados. Durante la investigación adelantada por el Ministerio se pusieron en claro varios hechos delictuosos; pero ninguno de ellos se dirigía a favorecer el título del Carare ya mencionado, sino a perjudicarlo, circunstancia que es preciso destacar como de trascendencia para el estudio de este negocio.

La escritura de adjudicación de 435 fanegadas a los herederos de Jerónimo Castañeda, de fecha 18 de noviembre de 1837 que ha servido para la comparación con el título de Sánchez y a que se refiere el señor Procurador, fue enviada al Ministerio por el Gerente de la Tropical Oil Company con otros documentos y con un extenso memorándum, el 4 de febrero de 1926, según consta en el tomo I de los documentos enviados por el Ministerio y presentados por el señor Procurador con la oposición, página 123 y siguientes. En la nota confidencial con que fueron enviados los documentos y el memorándum, dijo el señor Gerente de la Compañía nombrada lo siguiente:

"Las varias notas mencionadas en la pretendida adjudicación de Sánchez son las mismas que aparecen en una adjudicación de tierras situadas en la vecindad del camino de Carare, hecha el día 18 de noviembre de 1837 al señor Jerónimo Castañeda. La matriz de esta adjudicación hecha a Castañeda no existe en el protocolo de Vélez, y la suposición es que fue robada para introducir en dicho protocolo una escritura espuria en favor de la adjudicación Sánchez. Pero sí existe protocolizada en Vélez, agregada a una escritura de fecha 20 de octubre de 1849, una copia auténtica de la adjudicación Castañeda. Aparentemente los autores de las escrituras en favor de Sánchez no tenían conocimiento de esta copia de la adjudicación Castañeda, y su descubrimiento es de suma importancia para decidir la falsedad de las escrituras de Sánchez. Nos han informado que se encuentran hoy en posesión del señor Demetrio Cruz copias de algunas de las notas mencionadas en las escrituras de Castañeda y Sánchez, como también algunos otros documentos relacionados con el mismo asunto.

"Hace algún tiempo obtuvimos del señor Joaquín E. Muñoz, algunos documentos y un estudio de éstos demuestra que son muy similares a las pretendidas escrituras de Sánchez. Como su señoría probablemente no podrá encontrar copia de estos papeles en ninguna oficina pública, remitimos a su señoría con la presente todos los documentos obtenidos del señor Muñoz, según lista adjunta, con la esperanza de que los encontrará útiles en el estudio que de ese asunto hace su señoría.

"Aun cuando en virtud de negociaciones privadas la Tropical hubiera podido llegar a la explotación de estas tierras con el 4 % que para el Gobierno señala la ley en tratándose de propiedades particulares, hemos creído de nuestro deber, por la buena fe con que conducimos nuestras relaciones con el Gobierno de Colombia, someter a su señoría la información de que trata este memorándum a sabiendas de que si el Gobierno rescata esas tierras que en nuestro concepto pertenecen a la Nación, tendremos que pagar a ésta un porcentaje mayor, pero con la seguridad también como dijimos antes, de haber cumplido con nuestro deber".

En el memorándum enviado con la copia de la escritura de adjudicación a los herederos de Jerónimo Castañeda, se hace una confrontación a doble columna, de esta escritura con la de fecha 22 de noviembre de 1837 otorgada a Juan Florentino Sánchez, para llegar a la conclusión de que hay igualdad en los documentos insertos en una y otra. Esta comparación

fue acogida por el señor Ministro de Industrias, doctor Francisco José Chaux, quien la insertó en la Resolución de 7 de mayo de 1931, y también por el señor Ministro de la Economía Nacional, doctor Jorge Gartner, quien la aduce como argumento en contra del Título de Carare, Guayabito y Flórez. El señor Procurador se refiere a la comparación de las dos escrituras, en la forma que ya se ha visto.

La circunstancia de que los documentos insertos en las dos escrituras sean similares, no puede estimarse como un indicio de la validez del título de los herederos de Jerónimo Castañeda y de la falsedad del título de Sánchez, en una forma arbitraria, ya que si el argumento fuera valedero podría llegarse con la misma lógica a la conclusión contraria. Pero es que el motivo expuesto no tiene consistencia, porque es sabido que en las oficinas públicas hay formularios acordados para los documentos que de ellas emanan, con el fin de facilitar el trabajo y así se observa que los recibos, certificados, etc., son idénticos en la forma, con la sola variación de los nombres de las personas de las cantidades y de los objetos.

En el capítulo sexto de su alegato de conclusión el doctor Emilio Ferrero hace un análisis de estos argumentos y llega a la conclusión, apoyada en razones que la Sala encuentra jurídicas, de que no es exacta la afirmación que se ve en la Resolución del Ministerio de Industrias de que los documentos que aparecen incorporados en la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez son los mismos que se incorporaron en la escritura de adjudicación de los herederos de Jerónimo Castañeda, porque quien dice **los mismos,** quiere expresar **identidad,** y si se confrontan unos con otros aquellos documentos, se ve que no hay tal identidad, ya que es distinto en unos y otros el nombre del adjudicatario, la determinación de la cosa adjudicada como también la cantidad en vales de deuda doméstica consolidada que figura como precio de cada una de las adjudicaciones, las fechas, nombres de testigos, etc.

Por estas razones no puede aceptarse como indicio la falsedad del título de Sánchez el hecho de aparecer incorporados en él documentos que en parte son semejantes a los incluídos en el título de adjudicación otorgado a los herederos de Jerónimo Castañeda.

El artículo 663 del Código Judicial establece que un solo indicio hace plena prueba cuando se considera necesario, es decir, que es tal la correspondencia entre el hecho indicio y el que se investiga, que, existiendo el uno, no puede menos que existir o haber existido el otro. Y el artículo 665 de la misma obra dice que por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a dudas la verdad del hecho controvertido.

Ya se ha visto que el indicio resultante de la prueba, el cotejo de firmas no es indicio necesario, y que no hay en este proceso indicio en número plural que reúna las condiciones exigidas por la ley de procedimiento, para que pueda llegarse a la conclusión que desea el señor Procurador Delegado en lo Civil, o sea, que se desestime por apócrifa la copia de la escritura de adjudicación de 22 de noviembre de 1837, otorgada a favor de Juan Florentino Sánchez.

Es conocido de todos que la prueba de indicios tardó mucho tiempo en admitirse en las legislaciones, pues en la mayor parte de las veces ocasiona graves equivocaciones, ya irreparables injusticias. Gallinal la considera como una prueba "débil" y "vacilante" y este concepto es general en los expositores de pruebas judiciales. En la legislación de Colombia se ha admitido esa prueba, pero rodeándola de determinadas exigencias, para que pueda demostrarse sin **lugar a duda,** la verdad del hecho controvertido. Por eso cuando la convicción del juzgador no es

completa, no puede aceptarse la prueba de indicios.

El móvil de la falsificación y otros aspectos del problema

Hay una cuestión de trascendencia que encaminar en este asunto, y es el móvil de la falsificación, si fuera en realidad apócrifa la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez en el año de 1937. Porque si no aparece claro el móvil o el motivo que hubiera para falsificar el título expresado, es obvio que desaparecen o por lo menos se debilitan considerablemente los argumentos expuestos para sostener la inexistencia de la adjudicación.

Si el título fuera falso el hecho habría tenido que perpetrarse antes del año de 1906, porque en ese año fue registrado en la tesorería de Bolívar la copia de la escritura de adjudicación de las 150.000 fanegadas a Juan Florentino Sánchez. Este es un hecho incontrovertible sobre el cual hay numerosas pruebas en el expediente.

Hay que suponer que para falsificar el título exitía algún interés directo de parte de los que llevaron a cabo la suplantación porque es inaceptable que se ejecutara el hecho sin una finalidad precisa y determinada.

No tiene mayor consistencia la suposición de que el hecho pudo realizarse para adquirir una gran extensión de terrenos con el fin de explotar el suelo, porque las tierras en aquella región carecían de valor en la época referida, por las dificultades de comunicación, por el clima malsano, por la imposibilidad de conseguir brazos para la explotación, etc.

La suposición de que el propósito pudo haber sido el de adquirir los terrenos con miras a la explotación del subsuelo, carece también de solidez, porque en aquella época no se habían iniciado actividades en materia de petróleos en Colombia, ni se habían hecho estudios geológicos que indicaran la posibilidad de que las tierras comprendidas en la adjudicación fueran petrolíferas.

Estas consideraciones fundadas en el análisis detenido de los hechos, llevan a la conclusión de que no existe la prueba de móvil de la falsificación alegada, lo cual debilita considerablemente los razonamientos que se han hecho para sostener la inexistencia de las adjudicaciones de 1837.

Entre los hechos ejecutados para desvirtuar el valor de la adjudicación de Sánchez, de que hay constancia en autos, figuran dos que es interesante mencionar: la partida de defunción y el testamento de Juan Florentino Sánchez. Estos documentos tenían por objeto demostrar con la propia declaración de Sánchez en el testamento que no tenían otros bienes que los allí relacionados, entre los cuales no figuraban los terrenos del Carare. Pero además de todas las pruebas que sobre el particular hay en los autos, se acreditó con la inspección ocular practicada por la Sala en el archivo parroquial de Suaita y en la Notaría del mismo lugar, lo mismo que con el dictamen de los peritos, que la partida de defunción de Juan Florentino Sánchez, que figura en el archivo parroquial de Suaita, correspondiente al año de 1858, es el resultado de una suplantación que resalta a primera vista y de la cual hay un acta levantada por la autoridad que se conserva en el mencionado archivo, y que el testamento que aparece en el protocolo de Guadalupe, archivado en la Notaría de Suaita, y que se dice otorgado por Juan Florentino Sánchez, el 8 de septiembre de 1858, fue interpelado o intercalado en forma irregular, como se descubre sin dificultad y es un documento apócrifo sin lugar a duda.

Como se ha dicho anteriormente, en el Ministerio de Industrias se inició una investigación que duró muchos años para averiguar varios hechos en relación con la falsificación del título de 1837, en virtud de ciertas iniciativas de particulares y de algunas empresas extranjeras. Es muy significativa la circunstancia de que en aquel voluminoso proceso aparecen acreditados varios hechos, como los ya relatados, ejecutados contra el título de

Sánchez, pero no para favorecerlo, y que después de más de diez años de constantes actuaciones, no se registra allí la prueba plena o siquiera un indicio grave que acredite que la copia de la escritura de adjudicación a Juan Florentino Sánchez, expedida en 1865, sea falsa.

El proceso mencionado terminó con un informe del doctor Juan María Uricochea y Montoya, prefecto de la Policía Nacional, comisionado para adelantar la investigación, rendida al señor Procurador General de la Nación, el 13 de diciembre de 1932, en el cual hace un detenido estudio de todas las piezas del expediente y termina formulando serias dudas sobre el valor de las pruebas levantadas para comprobar la falsificación del título de Carare, Guayabito y Flórez. Contiene también aquel documento interesantes consideraciones sobre los posibles móviles que guiaron a los particulares y a algunas empresas extranjeras en el propósito de demostrar la falsedad de la copia presentada por los señores Pedro A. López & Cía. para comprobar sus derechos en relación con la tantas veces citada adjudicación de 150.000 fanegadas de tierras a Juan Florentino Sánchez.

La copia de la escritura expedida en 1865, aparece registrada por el Registrador Joaquín Serrano. En la copia de la escritura número 11 de 1862, registrada el 13 de marzo de 1865, aparece una constancia dejada por el Registrador Joaquín Serrano de que en la misma fecha se registró la copia de la escritura de 22 de noviembre de 1837 en que consta la adjudicación a F. S. de 150.000 fanegadas, consignando sus linderos, constancia de la cual se habló en otra parte de este fallo. Sobre esta nota, que se comprobó es auténtica y de puño y letra de Joaquín Serrano, dice el informe que se menciona que seguramente se refiere a una copia distinta de la protocolizada en la Notaría 2ª de Bogotá, bajo el número 778 de 1921, y estima todos estos hechos como una presunción en favor de la adjudicación de 150.000 fanegadas a Juan Florentino Sánchez. Dice también lo siguiente el informe mencionado:

"Para apreciar debidamente estas circunstancias hay que considerar que la investigación no ha hallado ningún documento registrado por Joaquín Serrano, que no sea rigurosamente auténtico, circunstancia que presta a la nota escrita de puño y letra por **Joaquín Serrano**, singular valor, ya que, quienes mutilaron el protocolo de Vélez del año de 1837 debieron ser los mismos que sustrajeron de la Oficina de Registro de Vélez los libros que hubieran servido para demostrar la verdad de la adjudicación o su falsedad.

Las copias auténticas de los instrumentos públicos expedidas por los Notarios, hacen plena fe. (Artículos 630 del C. J. y 1759 del C. C.). El artículo 2675 del C. C. permite admitir como prueba suplementaria del original registrado, en el caso de pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado, la certificación que expida el Registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro. En este juicio no sólo se presentó la copia registrada de la escritura, sino las pruebas supletorias de que habla el artículo citado. De manera que el hecho de que el protocolo se perdiera, como está comprobado, no es motivo para desconocer el valor de la copia presentada, a la cual le da plena validez la ley civil, que permite, además, como se ha visto, suplir el documento con otras pruebas. Si así no fuera, la seguridad de las propiedades desaparecería con la sola destrucción del protocolo de la Notaría o del Registro y los derechos de los ciudadanos quedarían a merced de contingencias frecuentes y muchas veces inevitables.

Presentada la copia auténtica de la escritura de 22 de noviembre de 1837, correspondía a quien alegó su falta de autenticidad comprobar la afirmación. Esa prueba, según se ha expresado, no aparece del expediente, y por lo tanto, es necesario darle al documento allegado a los autos toda la validez que le señala la ley.

En relación con este punto, dicen Planiol y Ripert lo siguiente:

"La persona que presenta un documento auténtico aparentemente regular no está obligada a probar su autenticidad. El documento viene acompañado de signos extraños difíciles de entender: timbres y sellos de distintos géneros, unos en tinta, otros impresos en seco, en relieve, la firma y rúbrica de un funcionario público cuya escritura se conoce y puede ser fácilmente comprobada: esos signos extraños de autenticidad bastan. Por consiguiente, el documento público cuya apariencia es regular tiene a su favor una presunción de autenticidad que traslada a esa materia la carga de la prueba; si se discute el origen del documento de su autor aparente, el que lo presenta no tiene que probar cosa alguna, correspondiendo al que niega su autenticidad la prueba de la falsedad del acto". (Tratado de Derecho Civil Francés, Tomo VII, pág. 792).

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 21 de marzo de 1917 dijo lo siguiente:

"La copia de una escritura debidamente otorgada y expedida es siempre una prueba de la verdad de los hechos; este es el objeto de las copias; la desaparición del original en el protocolo no puede infirmar la copia. Si así no fuera, los derechos individuales estarían a merced de procedimientos criminales que el poseedor de la cópia no podría evitar". (J. de la C. Tomo I, número 539).

Valor del registro ordenado por la Ley 56 de 1905.

La escritura pública de 22 de noviembre de 1837 otorgada por el Tesorero de la Provincia de Vélez, señor Sixto Antonio Galindo, en nombre y por orden del Gobierno a favor del señor Juan Florentino Sánchez, fue inscrita en la Tesorería de Bolívar en 1907 y en el Ministerio de Obras Públicas en 1908, en cumplimiento de las disposiciones del artículo 17 de la Ley 56 de 1905 y del Decreto reglamentario de la misma, número 1113 de 19 de septiembre de aquel año. Esta inscripción consta en el Libro de Registro de Títulos de Baldíos que abrió el Ministerio de Obras Públicas y fomentó en cumplimiento de las disposiciones de la Ley 56 de 1905, en los folios 59 a 61, bajo la partida número 49 de 25 de enero de 1908. Todo esto lo constató la Sala en la inspección ocular verificada en la oficina respectiva y consta además en otros documentos de origen oficial que obran en autos, como son los certificados que el Ministerio de Agricultura y Comercio y el Ministerio de Industrias, expidieron en 1919 y 1924, respectivamente, a solicitud de los señores Pedro A. López & Cía.

El señor Procurador Delegado en lo Civil estima que el registro ordenado por la Ley 56 de 1905 "no pasaba de una formalidad administrativa de carácter adjetivo.

La Sala considera:

El artículo 17 de la Ley 56 de 1905, dice así:

"Los títulos de adjudicación definitiva de terrenos baldíos hecha, ya a cambio de títulos o ya a cultivadores o colonos, deben registrarse o inscribirse inmediatamente en el Ministerio de Obras Públicas, para que tengan valor legal en lo sucesivo. Este registro debe hacerse dentro de dos años contados desde la promulgación de esta ley.

"Con el objeto de evitar dificultades para este registro la inscripción se hará ante los Tesoreros Municipales de los respectivos Distritos de la ubicación de los terrenos adjudicados".

El proyecto de ley sobre adjudicación de tierras baldías fue presentado a la Asamblea Nacional por el Ministro de Obras Públicas el 27 de abril de 1905, según los antecedentes de la Ley 96 que se encuentran en el archivo del Congreso. El informe rendido por la comisión para segundo debate, dice así:

"El proyecto se dirige, en primer lugar, a precisar al respecto el lindero entre los derechos de la Nación y los de los particulares, quedando unos y otros a cubierto en su justa extensión; y en segundo lugar, a llenar vacíos y a corregir de-

fectos de la legislación actual acerca de las condiciones en que la Nación puede y debe ceder a los individuos sus terrenos baldíos. Ha llegado la hora más exigente de que ella sepa qué es lo que le queda para la explotación por sí y para las futuras regalías o concesiones a los colombianos, y por eso la actual administración manda que se liquide y que se forme el inventario riguroso de aquello con que puede contar para ser movilizado en sentido de la propiedad colectiva e individual. Y por otra parte, es el caso de limitar aquellas adjudicaciones abusivas de la desproporción entre la superficie del país y su población con pérdida de la Nación por una parte, sin enriquecimiento individual por otra, como quiera que la propiedad meramente titular, sin incorporación alguna de los elementos de la producción en nada acrece la riqueza".

La intervención del Gobierno al presentar el proyecto y la de la Asamblea al aprobar la Ley, según se ve por lo anterior, fue la de dictar una medida que permitiera la separación del patrimonio de la Nación del de los particulares. No puede pensarse que se quiso dictar una norma administrativa sin finalidad precisa. El artículo 17 citado estaba destinado a producir un efecto jurídico y este no podía ser otro que el de darles validez a los títulos sobre adjudicaciones de baldíos que se inscribieran en oportunidad.

Los términos en que está concebida la disposición mencionada son muy claros e indican que una vez cumplida la formalidad del registro, queda reconocido el valor legal de las titulaciones. En efecto, el artículo comentado establece que los títulos deben registrarse o inscribirse inmediatamente en el Ministerio de Obras Públicas, **"para que tengan valor legal en lo sucesivo".**

Se propuso también la mencionada disposición darles estabilidad y firmeza a los títulos de adjudicaciones de baldíos para permitir la inversión de capitales en las tierras adjudicadas y fomentar así el progreso industrial del país. No puede sostenerse que aquella norma tuviera un valor simplemente académico sin finalidad práctica ninguna, mucho menos si se tiene en cuenta que fue dictada en momentos en que se iniciaba una etapa nueva de vida en el país, después de los desastres de la revolución de 1899.

Por consiguiente, una vez registrada la adjudicación hecha a Juan Florentino Sánchez en 1837, en cumplimiento de los mandatos de la Ley 56 de 1905, aquel título fue reconocido válido por uno de los órganos del Estado debidamente autorido por el legislador.

Sobre la base de aquel reconocimiento, los señores Pedro A. López & Cía. adquirieron los terrenos mencionados o invirtieron de buena fe cuantiosas sumas de dinero en su administración, explotación y defensa, como está comprobado en autos, circunstancia que es necesario destacar y tener en cuenta en el estudio de decisión de este negocio.

Durante el término de prueba se ordenó una inspección ocular en los libros comerciales de la casa Pedro A. López & Cía., diligencia que se practicó por la Sala, con asistencia del señor Procurador Delegado en lo Civil y los testigos actuarios señores doctores Faustino Molano y Víctor Hernández Díaz. El acta respectiva dice lo siguiente:

"El Gerente de la Compañía, señor don Pedro N. López, puso a disposición de la Sala los libros de comercio de la sociedad 'Pedro A. López & Cía.' y de la 'Sociedad liquidadora, S. A.', correspondientes a los años de 1920 a 1923. La Sala, en presencia de los testigos actuarios, los examinó detenidamente y constató los siguientes hechos: Se encuentran los siguientes libros: El Libro Mayor de Pedro A. López & Cía., que se halla en buen estado y registrado en el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 26 de marzo de 1920. El Libro Diario de la misma Sociedad Pedro A. López & Cía., en buen estado y registrado en el mismo Juzgado y en la misma fecha. El Libro Auxiliar de Caja de la misma Sociedad Pedro A. López & Compañía en buen estado. El Libro Mayor de la Sociedad Liquidadora, S. A.,

en buen estado y registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 20 de noviembre de 1923. El Libro Diario de la misma Sociedad Liquidadora, S. A., en buen estado y registrado en la misma Cámara y en la misma fecha. En el Libro Mayor de la Casa Pedro A. López & Cía., se encuentra una cuenta llamada 'Carare y Opón', cuyo primer asiento es de fecha 1º de febrero de 1920, y que está cortado el 25 de octubre de 1923 con un balance de $ 399,223.29. El saldo anterior pasó a la Sociedad Liquidadora el 19 de noviembre de 1923. Se examinaron varios asientos de los libros y se encontró que los asientos de los Libros Diario y Mayor coinciden entre sí, en la forma prevenida en los reglamentos de Contabilidad. Igualmente se examinaron varios legajos de comprobantes de gastos que aparecen consignados en los respectivos libros. Del examen anterior se constataron los siguientes hechos: que los libros de contabilidad de las dos sociedades mencionadas están llevados en debida forma; que todos fueron registrados de acuerdo con la ley; que la Sociedad Pedro A. López & Compañía ha invertido cuantiosas sumas en la administración, explotación y defensa de los terrenos que comprende el llamado Título del Carare, Guayabito y Flórez. Se ordenó agregar a los autos un resumen o extracto de las cantidades invertidas por los señores Pedro A. López & Compañía y por la Sociedad Liquidadora, S. A., según lo que resulte de los libros. Se examinaron algunos comprobantes de pagos hechos por las mencionadas sociedades, por concepto de trabajos realizados en los terrenos por Florentino Téllez, Isaac González, Fortunato Ardila, José de Jesús Téllez Restrepo y otros".

Los gastos hechos por los señores Pedro A. López & Cía. y por la Sociedad Liquidadora, en los terrenos del Carare, ascienden a una suma mucho mayor que la anotada en la diligencia, según los comprobantes que se refieren a la época posterior al corte de la cuenta.

La determinación de los terrenos y la posesión

La determinación precisa de los terrenos aparece acreditada en el expediente con los planos y las declaraciones de numerosos testigos examinados durante el término de prueba quienes declararon conocer los terrenos y los linderos de éstos por haber trabajado allí.

Los testigos Luis A. González T., Pedro A. Argüello, Víctor M. Sierra, Daniel Barbosa, Honorio Corredor, Justo Galeano, Carlos Saúl Téllez, Florentino Téllez A., José de Jesús Téllez y Ramón Gómez, declararon sobre la posesión ejercida por los propietarios de los terrenos en un lapso mayor de veinte años, posesión consistente en actos ejecutados sin consentimiento de ninguna persona, como construcción de casas, caminos, trochas, plantación de sementeras, potreros y sostenimiento de animales. Los testigos declararon constarles los hechos por haber vivido en la región y muchos de ellos por haber trabajado en los terrenos por cuenta de los señores Pedro A. López & Cía.

También se acompañaron algunos contratos de arrendamiento celebrados por los señores Pedro A. López & Cía. y escrituras de compras de mejoras plantadas dentro de los linderos de los terrenos por cultivadores establecidos allí.

El Ministerio en su Resolución no hace objeción alguna a la determinación precisa de los terrenos materia del aviso. Esa determinación surge de las pruebas que se han relacionado. Los linderos actuales de la finca coinciden con los de la adjudicación primitiva y los testigos declararon sobre el conocimiento del predio por haber vivido en la región, así como sobre la posesión ejercida por los propietarios.

Conclusiones

La propiedad particular del petróleo en Colombia, se rige hoy por el precepto consignado en el artículo 10 de la Ley 160 de 1936 que dice así:

"Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron

legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos adjudicados legalmente como minas durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, bastando en este último caso para los efectos de los incisos primero y segundo del artículo 6º de la presente Ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

Para que prospere un aviso de exploración se requiere, conforme al artículo 7º de la Ley 160 de 1936, que modifica el artículo 28 de la Ley 37 de 1931, que se presenten las siguientes pruebas: El título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o a falta de éste, los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia; los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente, títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria; y la determinación precisa del terreno de que se trata.

Dice el Ministerio en la Resolución de 16 de mayo del año pasado, que admitiendo en hipótesis la validez del título de Juan Florentino Sánchez, no podría ponerse en duda que el título actual de la Compañía Explotadora del Carare, S. A., y los anteriores en un período de más de treinta años, referentes todos al mismo terreno, indicarían una tradición perfecta. Agrega que no cabría compartir, como no la comparte el Ministerio, la parte del concepto del señor Procurador General de la Nación en que este ilustrado funcionario considera que los títulos del aviso no servirían para acreditar ningún derecho de propiedad sobre el terreno sino simple derecho de comunidad, aún suponiendo válido el susodicho título de origen.

Como la Sala ha llegado a la conclusión de la autenticidad del título, es procedente el anterior concepto del Ministerio sobre que la prueba de la tradición del dominio es perfecta.

Por la extensa exposición que se ha hecho en este fallo, se ve que la Compañía Explotadora del Carare S. A. ha cumplido las exigencias legales, porque ha presentado la prueba de que existe el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 sobre la propiedad del subsuelo conforme a las disposiciones legales que se han citado, y que ha acreditado, además, el dominio con los títulos sucesivos y con el certificado del Registrador, así como la determinación precisa del inmueble de que se trata. Por consiguiente, debe prosperar el aviso dado al Ministerio de la Economía Nacional, aviso del cual ha conocido la Sala en este juicio, que como lo ha establecido esta entidad en varios fallos, no es un juicio de dominio, sino para decidir breve y sumariamente la pretensión del avisante. (Artículo 7º de la Ley 160 de 1936).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Es fundada la pretensión de la Compañía Explotadora del Carare S. A., domiciliada en Bogotá, constituída por escritura pública número 9 de fecha 4 de enero de 1938, de la Notaría tercera de Bogotá, respecto del globo de terreno denominado **Título del Carare, Guayabito y Flórez,** ubicado en jurisdicción de Bolívar, Departamento de Santander, cuyos linderos se citan en el aviso respectivo presentado al Ministerio de la Economía Nacional, para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en el expresado terreno, que se reputa de propiedad privada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Ministro de la Economía Nacional.

Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno. — Mario Cajiao, Secretario.

ACUMULACION DE AUTOS. —SUS EFECTOS.

Aunque las acciones puedan ser contradictorias, ello no es óbice para decretar la acumulación de autos, ya que la ley no indica esta circunstancia como impedimento para que se opere aquella figura procesal. Muy distinto sería el caso de acumulación de acciones, pues entonces obraría el artículo 209, numeral 3º, del C. J., que impide tal acumulación cuando concurren acciones contrarias e incompatibles entre sí. El efecto más importante de la acumulación se cifra en la reunión de los autos, a fin de continuar la tramitación como si se tratase de un solo juicio, y decidirlos en un mismo fallo. Para que esa consecuencia se alcance, el código dispone en su artículo 412, que se suspenda el curso del que esté más próximo a su terminación hasta que los demás procesos que se le han acumulado se hallen en el mismo estado. El art. 409 del C. J. dispone que desde que se reciba el oficio para que se remitan los procesos quedan éstos en suspenso hasta que se decida el incidente. La ley prevé y autoriza expresamente la suspensión. Además, durante el lapso de tramitación del recurso interpuesto contra la providencia ordenadora de la acumulación, los juicios tienen forzosamente que estar suspendidos. Ello es consecuencia de los presupuestos procesales vinculados al recurso. Al superior que ha de decidir del incidente deben remitirse todos los procesos; habría, pues, una imposibilidad material para la continuación del trámite de cualquiera de ellos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El 25 de abril de 1939, Luis Andrés Gómez en su propio nombre y como apoderado del Municipio de Bolívar, Departamento de Santander, presentó ante el Tribunal Superior de San Gil, demanda sobre declaratoria de un bien vacante, con citación de la Nación y de las compañías de Petróleo Shell de Colombia S. A. y de la Colombiana de Petróleo El Cóndor.

El 9 de mayo del año próximo pasado, Luis Andrés Gómez, obrando en idéntica calidad, presentó ante el mismo Tribunal demanda ordinaria contra la Nación y las compañías de Petróleo Shell de Colombia S. A. y Colombiana de Petróleo El Cóndor, para que se declarase la propiedad del Municipio de Bolívar sobre un lote de terreno ubicado en jurisdicción de dicho Municipio. Este lote corresponde en sus linderos a aquel cuya declaratoria de vacancia fue pedida el 25 de abril de 1939.

La acumulación de los dos juicios fue pedida por el actor, y el Tribunal, en auto de fecha 15 de septiembre de 1939, accedió a decretarla.

Contra este auto interpusieron apelación el apoderado de las Compañías y el señor Fiscal del Tribunal, apelación que se concedió para ante esta Sala de la Corte, en providencia de fecha 28 de septiembre de 1939, en la cual también se resolvió:

2º Aplazar la consideración de un pedimento sobre apertura a pruebas del juicio especial sobre declaratoria de vacancia, formulado por el apoderado de las Compañías; y

3º Hacer saber, para los fines del art. 409 del C. J. la acumulación de los jui-

cios al magistrado Dr. Raimundo Rueda.

El apoderado de las Compañías, doctor Abelardo Posada Riveros, pidió, dentro de la ejecutoria de este auto de 28 de septiembre de 1939, su reposición, en el sentido de disponer que el memorial petitorio de la apertura a pruebas se agregase al cuaderno principal y se resolviese allí favorablemente, y que se negara el tercer punto de la parte resolutiva, revocándolo en su integridad por considerarlo improcedente y extemporáneo. El primer punto, o sea la concesión del recurso contra el auto de 15 de septiembre de 1939, era el único que, conforme al pedimento del doctor Posada, debería quedar en pie.

El Tribunal, en auto de 18 de octubre de 1939, accedió a reponer el auto de 28 de septiembre en los puntos 2º y 3º de su parte resolutiva y ordenó además que se agregara al cuaderno principal el memorial petitorio de la apertura a pruebas para resolverlo de conformidad.

Contra este auto de 18 de octubre solicitó el actor reposición, a fin de que se mantuviesen firmes los puntos 2º y 3º del auto de 28 de septiembre, apelando en subsidio.

El Tribunal, en auto de fecha 16 de noviembre de 1939, no accedió a revocar el auto de 18 de octubre, y concedió la apelación contra esta providencia, para ante la Corte.

Dos, pues, son los autos que están a la consideración de la Corte: a) El de fecha 15 de septiembre de 1939, por apelación del apoderado de las Compañías y del Fiscal; y b) El de fecha 18 de octubre de 1939, en virtud de la apelación del apoderado del Municipio.

La acumulación de los juicios.

Por medio del auto de 15 de septiembre de 1939, el Tribunal decretó la acumulación de los dos juicios: el especial, referente a la declaratoria de vacancia de un terreno; y el ordinario, sobre declaratoria de dominio de este mismo terreno.

En virtud de la oposición presentada en el juicio especial, éste vino a convertirse en ordinario, y como tal continuará tramitándose, conforme al artículo 842 del C. J.

Fundamenta su providencia el Tribunal en el hecho de estar tramitándose los dos juicios referidos, en el cual las partes son unas mismas y el objeto del derecho disputado uno mismo también. Son dos juicios en que se ejercitan acciones diversas pero en los cuales la cosa y los litigantes son los mismos, y que por tanto, podrán marchar acumulados en lo sucesivo, porque convertido como está en ordinario el especial y más antiguo, bien puede este juicio atraer el ordinario para que puedan adelantarse como uno solo. Estándose en el caso del ordinal 2º del artículo 398 del C. J. no impide la acumulación la diferencia de acciones, ya que los dos juicios se pueden considerar como género el uno y el otro como especie, de tal suerte que de seguirse separadamente, la sentencia dada en el uno podría oponerse como excepción en el otro.

El señor Procurador, en su concepto de fecha 30 de mayo último, afirma que concurren en el presente caso los elementos de conexión que según los artículos 397, numeral 1º, y 398, numeral 2º del C. J. hacen acumulables los dos juicios para seguirlos por unos mismos trámites y fallarlos por una misma sentencia.

Los apoderados de las Compañías ante la Corte presentan ante ella algunos argumentos tendientes a obtener la infirmación del auto que se considera. Dicen ellos que siendo, como son, en este caso las acciones contradictorias, no cabe la acumulación. Una de ellas tiende a obtener una declaración: la de que determinados bienes son vacantes. La otra se instauró para reivindicar esos mismos bienes. En el juicio especial se parte de la base de que esos bienes no tienen dueño aparente o conocido (artículo 706 del C. C.). Y la acción ordinaria arranca inicialmente de la tesis contraria, o sea que el Municipio de Bolívar es dueño de esos mismos bienes. Luego, concluyen, el antagonismo es manifiesto y la acumulación no cabe. Además, dicen que analizando

el fondo mismo de las demandas se llega a la conclusión de que al fallarlas por separado no se divide la continencia de la causa.

Se considera:

Si, como lo afirman los apoderados de las Compañías, se trata en el caso presente de acciones contradictorias, ello no es óbice para decretar la acumulación de los autos, ya que la ley no indica esta circunstancia como impedimento para que se opere aquella figura procesal. Muy distinto si se tratase aquí de una acumulación de acciones, pues entonces obraría el artículo 209, numeral 3º, que impide tal acumulación cuando concurren acciones contrarias e incompatibles entre sí.

Aparece del proceso, y en esto no hay disputa, que tanto los litigantes como el objeto del derecho deducido en ambos juicios son idénticos; las acciones diversas, pero ello no es obstáculo a la acumulación; se está en la hipótesis contemplada en el numeral 2º del artículo 398 del C. J., procediendo, en consecuencia, la confirmación del auto que la decretó.

La suspensión del procedimiento.

Pasa la Sala a considerar el auto de fecha 18 de octubre, que revocó los puntos 2º y 3º de la parte resolutiva del auto de 28 de septiembre, en los cuales se resolvía: 2º Aplazar la consideración del pedimento de apertura a pruebas del juicio especial, hecho por el apoderado de las Compañías; y 3º Dar conocimiento de la acumulación de los juicios, para los fines del artículo 409 del C. J. al magistrado doctor Rueda.

El efecto más importante de la acumulación se cifra en la reunión de los autos, a fin de continuar la tramitación como si se tratase de un solo juicio, y decidirlos en un mismo fallo. Para que esa consecuencia se alcance, el código dispone en su artículo 412, que se suspenda el curso del que esté más próximo a su terminación, hasta que los demás procesos que se le han acumulado se hallen en el mismo estado.

Estuvo acertado el Tribunal en su auto de 28 de septiembre, puesto que en su parte resolutiva abarcó las circunstancias nuevas, determinadas por la acumulación, que se presentaban en el procedimiento de los juicios.

Si la acumulación se había decretado, no podía en manera alguna continuarse el procedimiento de ninguno de los juicios, hasta tanto el auto que tal dispuso quedase en firme, o fuese denegada la acumulación por el superior. El artículo 409 del C. J. dispone que desde que se reciba el oficio para que se remitan los procesos quedan éstos en suspenso hasta que se decida el incidente. La ley prevé y autoriza expresamente la suspensión. Además, durante el lapso de tramitación del recurso interpuesto contra la providencia ordenadora de la acumulación, los juicios tienen forzosamente que estar suspendidos. Ello es consecuencia de los presupuestos procesales vinculados al recurso. Al superior que ha de decidir del incidente deben remitirse todos los procesos; habría, pues, una imposibilidad material para la continuación del trámite de cualquiera de ellos.

Procede, por lo tanto, la infirmación del auto de fecha 18 de octubre, a fin de que la providencia de fecha 28 de septiembre tenga efectos jurídicos en la integridad de su parte resolutiva.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Se confirma el auto de fecha 15 de septiembre de 1939, dictado por el Tribunal Superior de San Gil.

2º Se infirma el auto de fecha 18 de octubre de 1939, proferido por el mismo Tribunal.

72

Costas a cargo de las Compañías recurrentes, por partes iguales. Tásense.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD DELICTUAL. — CONDUCENCIA DE PRUEBAS.

1.—A los jueces civiles les está absolutamente vedado el conocimiento de los juicios criminales y, por tanto, ellos no pueden, sin usurpar jurisdicción, establecer, dentro del marco probatorio del proceso civil, el cuerpo del delito y la imputabilidad consiguiente. La acción de resarcimiento de perjuicios por responsabilidad delictual está subordinada a la imputación proferida por un juez del crimen, y es ésta la prueba que es preciso llevar al juicio civil para obtener la indemnización pedida.— 2.—La inconducencia de las pruebas se refiere a hechos sin relación con el asunto debatido; la ineficacia legal mira a determinados hechos a los que la ley niega valor probatorio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En escrito fechado el 9 de noviembre de 1939 Carmen Soler v. de Jiménez, solicita, mediante apoderado, la práctica de algunas pruebas en el ordinario de aquélla contra la Nación y el Departamento de Boyacá.

El Tribunal, en providencia de fecha 17 de noviembre de 1939, accedió a decretar la práctica de algunas de ellas, y negó la producción de otras en concepto de legalmente ineficaces. La actora apeló de esa providencia, y el recurso se ha tramitado en esta Sala conforme a la ritualidad legal. Es llegado el momento de decidir, para lo cual se tiene en cuenta:

Las pruebas pedidas y no decretadas se refieren a estos hechos: A) Las declaraciones de Filemón e Isidro Borda, Juan D. Galindo, Juan N. y Abelardo Vargas y Abraham Cuervo desde la parte del punto e) del numeral 1º del memorial de pruebas, hasta la terminación del punto g) del mismo numeral 1º; B) La inspección ocular solicitada en el numeral 2º del memorial de pruebas sobre los procesos criminales por asesinato de Leví Jiménez Soler y otros delitos, y por fuga de presos, contra Peregrino Moreno, Hermes Torres, Zárate, Rojas y otros; y C) Lo pedido en el numeral 5º del expresado memorial, que se refiere no a hechos sino a un punto de derecho.

Se considera:

La actora persigue en este juicio que se condene a la Nación y al Departamento de Boyacá al pago de los perjuicios que se le ocasionaron por la muerte violenta de Leví Jiménez, como responsables de culpa aquiliana atribuída a sus agentes, consistente en la falta de vigilancia por razón de la cual unos criminales recluídos en el panóptico de Tunja lograron fugarse y perpetrar el homicidio en la persona del citado Jiménez. Considera la actora que la causa inmediata de los perjuicios fue el delito, y la mediata la falta de vigilancia de los guardianes del panóptico.

A demostrar el homicidio de Leví Jiménez realizado por los prófugos Bravo, Ulloa y Sasa se encaminan las pruebas negadas por el Tribunal. Así, mediante las declaraciones de Filemón e Isidro Borda, Juan D. Galindo, Juan N. y Abelardo Vargas, y Abraham Cuervo se pretende establecer, dentro del término probatorio de este juicio civil la relación de causalidad que pueda existir entre la actividad de los prófugos y la muerte de Leví Jiménez; igualmente, con la inspección ocu-

lar sobre los juicios criminales, y las observaciones que deduzca el magistrado, se desea la comprobación de la causalidad aludida.

El Título II del Libro I del Código de Procedimiento Penal da las normas reguladoras de la jurisdicción y competencia en ese ramo. Es ésta una jurisdicción atribuída exclusivamente a los funcionarios penales, a quienes encomienda la ley la imputación de los delitos y la fijación de las penas a los responsables, previo cumplimiento de los requisitos procesales indispensables para llegar a una condenación de este género. A los jueces civiles les está absolutamente vedado el conocimiento de los juicios criminales, y por tanto, ellos no pueden, sin usurpar jurisdicción, establecer, dentro del marco probatorio del proceso civil, el cuerpo del delito y la imputabilidad consiguiente. La acción de resarcimiento de perjuicios por responsabilidad delictual está subordinada a la imputación proferida por un juez del crimen, y es ésta la prueba que es preciso llevar al juicio civil para obtener la indemnización pedida.

Estuvo acertado el Tribunal al aplicar en el caso presente el artículo 596 del C. J., que estatuye la inadmisibilidad de las pruebas cuando ellas son inconducentes o legalmente ineficaces. La inconducencia se refiere a hechos sin relación con el asunto debatido; la ineficacia legal mira a determinados hechos a los que la ley niega valor probatorio. Para el Tribunal son legalmente ineficaces en el presente juicio civil —y la Corte asiente a esta opinión— las declaraciones solicitadas en el punto A), y la inspección ocular de que trata el punto B), en cuanto ellas se dirigen a demostrar en este proceso que los prófugos fueron los autores del homicidio cometido en la persona de Leví Jiménez. Esta causalidad criminal solamente puede establecerse en el proceso que dilucide lo relativo a la imputación y responsabilidad contra los presuntos homicidas. El medio probatorio que se pretende es ineficaz a los ojos de la ley.

Respecto al punto C), él no puede ser objeto de prueba por referirse a cuestiones de derecho.

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, confirma el auto del Tribunal Superior de Tunja de fecha 17 de noviembre de 1939, proferido en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El apoderado de la parte actora en el presente juicio de Carmen Soler v. de Jiménez contra el Departamento de Boyacá y la Nación ha pedido reposición del auto dictado por la Sala el día 13 de julio de 1940, por medio del cual se confirma el del Tribunal Superior de Tunja, fechado el 17 de noviembre de 1939.

Fundamenta su recurso el señor apoderado en largas elucubraciones y citas de jurisprudencias que no se relacionan precisamente con el punto que se ha debatido. Para que proceda el recurso de reposición es preciso que los fundamentos jurídicos y legales de la providencia recurrida sean atacados en tal forma que obliguen al juzgador a modificarla total o parcialmente. La extensión de alégatos no suple en manera alguna su calidad. Y las citas, tanto de autores como de jurisprudencia, cuando son pertinentes y concretadas al punto debatido, tienen valor muy apreciable para el juzgador; no así, cuando ni siquiera aluden a la controversia.

Suplica el apoderado a los Magistrados de la Sala "que apartéis vuestros estudios, meditaciones y decisiones en el presente caso de cuanto signifique investigación, prueba del cuerpo del delito o delitos, imputabilidad de los delincuentes, y responsabilidad criminal". La Corte observa que en la apreciación de un problema jurídico propuesto a su decisión no puede prescindir de considerar aquellos elementos indispensables para acertar en su juicio. En el asunto que se ha venido debatiendo es absolutamente imprescindible verificar aquellos aspectos, desde que se pretende demostrar la responsabilidad criminal de los prófugos Bravo, Ulloa y Sasa en el homicidio de Leví Jiménez, para, sentado este hecho, deducir la responsabilidad civil de la Nación y del Departamento de Boyacá. Y lo que la Corte ha dicho es que dentro del marco probatorio de este proceso civil es absolutamente ineficaz pretender que con elementos allegados a él se formule por jueces civiles la imputación del hecho criminoso a los presuntos homicidas.

Afirma el apoderado que la calificación del mérito de las pruebas en un juicio es tarea que debe hacerse en la sentencia. Esto es así. Pero la Corte no ha dicho ni hecho cosa distinta, porque la controversia se refiere no al mérito probatorio, sino a la eficacia legal de las pruebas impetradas. El artículo 596 del C. J. consagra la inadmisibilidad de las pruebas que en concepto del Juzgador sean inconducentes o legalmente ineficaces.

Atribuye el recurrente a la Corte el haber dicho que "la acción de resarcimiento de perjuicios está subordinada a la criminal". La Corte le rectifica. No ha dicho cosa semejante en el auto reclamado. Allí puede leerse: "La acción de resarcimiento de perjuicios por responsabilidad delictual está subordinada a la imputación proferida por un juez del crimen, y es ésta la prueba que es preciso llevar al juicio civil para obtener la indemnización pedida". Por manera que se trata de perjuicios por responsabilidad delictual, esto es, una forma especial de responsabilidad, ya que ella además de delictual, puede ser cuasi-delictual, contractual o extra-contractual. Y ello es claro y se funda en razones de orden no sólo legal sino constitucional. Solamente

las autoridades especialmente constituídas para ello pueden formular una imputación penal. En otra forma la seguridad individual se vería seriamente comprometida. Y si esto es así, los perjuicios por responsabilidad delictual solamente pueden reclamarse del sindicado cuyo hecho criminoso se haya demostrado en el correspondiente proceso.

Agrega que la acción se dirige contra la Nación y el Departamento y que estas entidades no pueden ser procesadas ni sentenciadas criminalmente.

Tiene toda la razón el reposicionista en su afirmación. Pero la Corte le observa que las pruebas denegadas se encaminan no a establecer responsabilidad delictual alguna de la Nación y del Departamento, sino a comprobar la participación de los prófugos en el homicidio de Leví Jiménez. Comprobación que solamente puede hacerse cumpliendo los trámites de rigor para el caso.

Subsidiariamente interpone el señor apoderado el recurso de súplica, alegando que "por tratarse de un auto interlocutorio que se revisa en segunda instancia, él tiene cabida".

La Corte le observa que el recurso de súplica únicamente procede para los autos interlocutorios que dicte un magistrado cuando no procede como juez **adquem.** Actuando en este caso la Sala en tal carácter, no es posible el recurso subsidiario.

En cuanto al pedimento de copias que hace, siendo éste un asunto de mera sustanciación, se dispone que vuelva el negocio en oportunidad al despacho del magistrado ponente para su decisión.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega la reposición solicitada.

Notifíquese y cópiese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION PARA OBTENER INDEMNIZACION POR UN ACCIDENTE DE TRABAJO.

1.—Para que haya lugar a la responsabilidad del patrono por un accidente de trabajo y a la consiguiente indemnización legal, es necesario establecer que en el momento de ocurrir el accidente el trabajador se encuentra al servicio de la persona obligada, que aquel ocurrió con ocasión del trabajo, que de él surge alguna de las incapacidades vistas en la ley 57 de 1915 y 133 de 1931, y que la acción se ejerza dentro del término fijado por el artículo 17 de la ley 57 citada. — 2.—Las acciones que consagra la ley 57 prescriben en un año, y como pueden ejercitarse desde el momento en que el accidente ocurre, la prescripción también debe contarse a partir de ese momento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Corresponde a la Sala de Negocios Generales de la Corte el conocimiento del juicio instaurado por el señor Ignacio Larrahondo ante el Tribunal Superior de Cali, en virtud de la apelación que éste propuso contra la sentencia que dio término al negocio en su primera instancia.

En la demanda respectiva el señor Larrahondo solicita se declare por el Tribunal que la Nación colombiana, por medio de su representante el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, le reconozca y pague la indemnización a que tiene derecho por incapacidad permanente parcial, proveniente del accidente que sufrió el día 18 de abril de 1934 en la Bodega del Ferrocarril del Pacífico de la ciudad de Cali. En derecho apoya sus peticiones en los artículos 1º, inciso b) del artículo 5º de la ley 57 de 1915 y 8º de la ley 133 de 1931.

Como no prosperaran las excepciones dilatorias presentadas por la parte demandada, el apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en el escrito de contestación al traslado de la demanda, se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas, negó la mayoría de los hechos aducidos y propuso las excepciones de carencia y prescripción de la acción, y la innominada de que trata el artículo 329 del Código de Procedimiento.

La providencia motivo de la apelación, en su parte resolutiva reconoce como demostrada la excepción de prescripción de la acción y absuelve a la parte demandada de los cargos formulados en el libelo de 3 de octubre de 1935.

Como se halla terminada la tramitación legal del proceso ante la Corte, éste se encuentra en situación de que se dicte sentencia, a lo cual procede la Sala.

Para que haya lugar a la responsabilidad del patrono por un accidente de trabajo y a la consiguiente indemnización legal, es necesario establecer que en el momento de ocurrir el accidente el trabajador se encuentra al servicio de la persona obligada, que aquel ocurriera con ocasión del trabajo, que de él surge alguna de las incapacidades vistas en la ley 57 de 1915 y 133 de 1931, y que la acción se ejerza dentro del término fijado por el artículo 17 de la ley 57 citada.

Antes de examinar si los tres primeros elementos se hallan demostrados en el presente negocio, debe averiguarse si la obligación podía exigirse legalmente el día 3 de octubre de 1935, o si la acción estaba prescrita para Ignacio Larrahon-

do, conforme al mandato del artículo 17 antes mencionado.

Las acciones que consagra la ley 57 de 1915 prescriben en un año, y como pueden ejercitarse desde el momento en que el accidente ocurre, la prescripción también debe contarse a partir de ese momento.

El accidente alegado por Ignacio Larrahondo acaeció el 18 de abril de 1934. La demanda contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, fue instaurada el día 3 de octubre de 1935, es decir, después de trascurrido más de un año desde la fecha en que el actor sufrió el accidente. Por tanto, la prescripción estaba ya consumada, pero debe averiguarse si ella pudo interrumpirse según las normas establecidas en nuestra legislación sustantiva.

La interrupción natural no se operó, pues no hay en autos constancia por la cual aparezca que el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales haya reconocido alguna vez la obligación motivo del presente juicio; antes bien, está demostrado por los certificados que obran a los folios 34 y 35 del cuaderno principal, que tanto el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, como el Ministerio de Industrias y Trabajo negaron las peticiones que en este sentido presentó el señor Ignacio Larrahondo.

La interrupción civil de la prescripción tampoco tuvo lugar, porque para que ésta se produzca es necesario que medie demanda judicial conforme al mandato del artículo 2539 del C. C.

Hay demanda judicial cuando reuniéndose las condiciones legales de forma, se presenta ante autoridad competente y se notifica de acuerdo con las normas prevenidas por la ley. En el caso de autos, el escrito dirigido al señor Juez Municipal de Cali, no puede considerarse como demanda judicial, pues no se presentó ante autoridad competente, ni se notificó en la forma legal. No fue dirigido ante autoridad competente, porque según lo estatuye la ley 29 de 1931, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales es mandatario de la Nación para administrar empresas de propiedad nacional; la Nación es la entidad responsable, en estos casos, y de acuerdo con las normas procedimentales la competencia para conocer de asuntos de esta naturaleza está atribuída, en primera instancia, a los Tribunales Superiores de Distrito. Tampoco se notificó legalmente, ya que el señor Mariano Ramos tenía la calidad de administrador del Ferrocarril del Pacífico y no la de Administrador General, que es el representante legal conforme a lo dispuesto por la ley orgánica del mencionado Consejo Administrativo.

De lo expuesto resulta que es jurídica la sentencia de fecha 28 de mayo de 1938 proferida por el Tribunal Superior de Cali y que debe mantenerse.

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, confirma la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO

1.—Según varios expositores, entre ellos Colin y Capitant, la acción sobre repetición por pago indebido, es una aplicación de la teoría de la causa, pues si la deuda causa del pago no existe, el pago es nulo porque falta un elemento esencial para su validez. Por consiguiente, lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto a repetición. En relación con el pago indebido pueden presentarse estas hipótesis: a) No existe ninguna deuda; b) Sí existe, pero la persona del deudor es distinta de aquella que paga. En casos como el de autos habrá lugar a repetición si el que paga lo hizo por error de hecho o de derecho, siempre que, en el último evento, el pago no tuviere por fundamento ni aun una obligación puramente natural. Mas si quien verificó el pago lo hizo a sabiendas de que no debía, esto es, con conocimiento de causa, no puede pretender la devolución de lo pagado. La equidad exige que en ciertos casos en que el pago se ha hecho a sabiendas de que no se debía, pueda repetirse lo pagado, siempre que el *SOLVENS* haya obrado bajo el imperio de circunstancias especiales, como la de fuerza mayor. Inadmisible es la pretensión de repetir lo pagado cuando quien hizo el pago provocó, con la solicitud de que se le declarase subrogado en los derechos del acreedor, la determinación de su situación jurídica. Por el hecho del pago de lo que no se debe surge un vínculo jurídico en virtud del cual el *ACCIPIENS* queda obligado a restituír la cosa o cantidad que el *SOLVENS* le entregó o pagó por error. Si, como es evidente por este medio adquiere el *SOLVENS* la calidad de acreedor, la de deudor ha de recaer en el *ACCIPIENS*, persona contra quien aquél tiene la acción de repetición. Pero si el que hizo el pago solicitó en forma expresa —y lo obtuvo— que se le declarase subrogado en los derechos del acreedor, es claro y puesto en razón que al tomar esta calidad a virtud del fenómeno de la subrogación, no puede tener como deudor a quien recibió el pago sino a los que tienen vínculo contraído con la persona a quien ha subrogado la que verificó el pago.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá. julio veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doctor Luis F. Reyes Llaña, en su condición de apoderado especial de la señora Paz Martínez G. viuda de Herrera, promovió, a nombre de ésta, demanda ordinaria de mayor cuantía contra la Nación, para que, previos los trámites de regla, se condene a la entidad demandada a lo siguiente:

"A pagar a mi mandante la suma de un mil seiscientos ochenta y siete pesos noventa y cuatro centavos ($ 1.687.94) moneda corriente y los intereses legales del seis por ciento anual, liquidados sobre dicha suma a partir del ocho (8) de febrero de mil novecientos treinta y ocho (1938), hasta la fecha en que se verifique el pago, suma que cubrió mi mandante al Tesorero Nacional, sin existir obligación contraída por ella, ni responsabilidad alguna a su cargo".

Hechos de la demanda.

Son hechos fundamentales de la demanda éstos:

"1º Por medio del adjunto documento privado, suscrito en Bogotá el día 7 de octubre de 1935, el señor Carlos M. Peñuela otorgó o constituyó fianza a favor de la Nación, para entrar a servir el cargo de ayudante o auxiliar de la Administración Principal de Correos de Cúcuta; y como fiadores solidarios del señor Peñuela, para responder por el manejo del puesto ya indicado, firmaron dicho documento el señor Hernando Perea Martínez y la señorita Paz Martínez, quienes junto con el obligado o responsable señor Peñuela reconocieron judicialmente sus firmas puestas en el referido documento, ante el Juzgado Primero Civil del Municipio de Bogotá, en la misma fecha del referido documento.

"2º En la firma puesta en dicho documento y en el reconocimiento de firmas, aparece Paz Martínez sin otro apellido.

"3º Dicho fiador solidario señorita Paz Martínez para establecer su solvencia y ser aceptada como tal, presentó los certificados números 1457 y 2899 de la Oficina de Registro de Bogotá que adjunto a esta demanda, desglosados junto con el documento de fianza del juicio ejecutivo contra Carlos M. Peñuela y otros que se promovió ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad.

"4º Los inmuebles a que se refieren dichos certificados, no pertenecían, ni han pertenecido a la fiadora señorita Paz Martínez, pues fueron adquiridos por mi mandante señora Paz Martínez G. viuda de Herrera en la sucesión de María de Jesús Galvis de Puerta, registrada en esta ciudad el 20 de octubre de 1884. Se abusó del homónimo con mi demandante y se cometió un delito para perjudicar tanto a la Nación, como a mi poderdante.

"5º Como al señor Carlos M. Peñuela se le declarara responsable de la pérdida de una encomienda con valor declarado en el ejercicio de su referido cargo, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad con fecha 23 de febrero de 1937 dictó el mandamiento ejecutivo que en copia auténtica acompaño, contra dicho responsable y contra sus fiadores Hernando Perea Martínez y Paz Martínez.

"6º En febrero del corriente año, con motivo de haber celebrado mi mandante una promesa de venta sobre uno de sus inmuebles —el de la calle 3ª al oriente (hoy carrera quinta) de esta ciudad— de que trata el adjunto certificado del Registrador de Bogotá número 1457 y con ocasión del estudio de los títulos se tuvo conocimiento de que dicho inmueble, como los demás bienes de mi mandante estaban fuera del comercio y ante el apremio de la cláusula de arras, bastante apreciable de la promesa de venta y como único medio de obtener el pronto desembargo, se hizo la consignación en dicho Juzgado de la suma de $ 1.687.94, valor de dicha ejecución, como aparece del recibo número 341 de fecha 8 de febrero último, de la Tesorería General de la República, que en copia auténtica se acompaña.

"7º El referido Juzgado se negó a aceptar tal consignación—como provisional—con lo cual se perseguía que la ejecución quedara vigente y la exigió definitiva para decretar el desembargo que necesitaba con urgencia mi poderdante.

"8º El citado Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad, por autos de fechas 2 y 11 de febrero último, que acompaño en copia auténtica, declaró y reconoció que mi mandante la señora Paz Martínez González viuda de Herrera, no era la ejecutada y que le aceptaba el pago dejándole a salvo la defensa de sus derechos y el reclamo de la suma que pagaba y de que no era deudora; todo lo cual corroboró el Juzgado al declarar a mi mandante subrogada a la Nación, en atención al hecho de haber pagado el valor de la ejecución, una tercera persona, extraña a los obligados o responsables del pago de la ejecución.

"9º La declaración de subrogación en cuanto a los verdaderos responsables u obligados, no tiene resultado práctico por

que todos ellos son personas de reconocida solvencia y profesionales en defraudar a la Nación y carece de valor legal porque se hizo el pago por un tercero forzado por las circunstancias de un embargo y sin el consentimiento de los deudores.

"10º Mi mandante la señora Paz Martínez G. v. de Herrera, según la adjunta partida eclesiástica de estado civil, nació en esta ciudad el 24 de enero de 1862 y cuenta en la actualidad setenta y seis (76) años cumplidos.

"11º Por medio de la escritura número 80 de 11 de agosto del mismo año de 1862, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá, que acompaño en copia registrada, el señor Faustino Martínez reconoció a la precitada señora Paz Martínez González (hoy viuda de Herrera), como su hija, y concurrió al otorgamiento de dicha escritura y aceptó sus declaraciones y el reconocimiento expresado la señora madre de la misma señora Damiana González.

"12º Por medio de testamento otorgado en la escritura número 1278 de fecha 16 de diciembre de 1878 de la Notaría Primera de Bogotá, la señora María de Jesús Galvis de Puerta, legó a la señora Paz Martínez González (hoy viuda de Herrera), entre otros inmuebles, la nuda propiedad de la casa situada en la calle 4ª de la antigua carrera de Pamplona, después 3ª al oriente, hoy carrera 5ª del Barrio de la Catedral de esta ciudad.

"13º Esta finca y las demás que obran en el adjunto certificado número 2899 del Registrador de Bogotá, de fecha 20 de septiembre de 1935, se adjudicaron a mi poderdante en la citada sucesión de la señora María de Jesús Galvis de Puerta, donde se le reconoció su calidad de legataria, con una copia de la adjunta partida de bautismo, ya citada en el hecho décimo (10º) de esta demanda, sucesión aquella que se protocolizó por medio de la escritura número 1314 del 3 de noviembre de 1884, de la Notaría Tercera de esta ciudad.

"14º Mi mandante, según las adjuntas copias de estado civil, contrajo matrimonio en esta ciudad, en primeras nupcias con el señor Joaquín Casalini el 9 de febrero de 1888, y en segundas nupcias con el señor Bernardino Herrera, el 19 de octubre de 1901.

"15º La señorita Paz Martínez que firmó la fianza de que se trata y la verdadera ejecutada, por ser la obligada y la persona contra la cual se libró el mandamiento ejecutivo y poseedora de la tarjeta de identidad número 1125 de Bogotá, es persona distinta de mi mandante y de edad muy diferente. Al efecto mi cliente señora Paz Martínez González viuda de Herrera es poseedora de la tarjeta de identidad número 35219 expedida en Bogotá".

Causa o razón de pedir.

A este respecto, el libelo trae lo que sigue:

"Como derecho, causa y razón me fundo en que mi mandante no tenía contraída obligación alguna con la Nación, que la hiciera responsable del pago del alcance o desfalco decretado al señor Carlos M. Peñuela y del mandamiento ejecutivo librado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad el 23 de febrero de 1937.

"Mi mandante se vio forzada ante una promesa de venta que había celebrado, a efectuar el pago del valor de dicha ejecución, sin ser parte en el juicio, como lo reconoció dicho Juzgado, para obtener el desembargo de sus bienes. Siendo el pago en efectivo la prestación de lo que se debe, como mi mandante nada debía, ni era la obligada, nos encontramos en el caso del pago de lo no debido que confiere pleno derecho a reclamar la devolución de lo pagado; pues el que por error, y lo que se dice por error se aplica a la coacción y al mandato de autoridad con jurisdicción coactiva, ha hecho un pago y prueba que no lo debía, como acontece en el presente caso, tiene pleno derecho para repetir lo pagado.

"Me baso en los artículos 1625, 1626,

1627, 2303, 2313 y 2315 34 de la Ley 57 (sic) de 1887 y 8º de la Ley 153 de 1887".

Contestación de la demanda

Le correspondió al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá, quien aceptó los hechos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º (en cuanto a la consignación a que se refiere), 7º, 10º, 11º, 12º, 13º y 14º Respecto de los distinguidos con los numerales 4º, 9º y 15º manifestó el representante de la Nación que no le constaban. En cuanto al marcado con el numeral 8º, dijo:

"No es cierto que el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad, por autos de fecha 2 y 11 de febrero último, declarara y reconociera que la señora Paz Martínez González viuda de Herrera no era la ejecutada. Aceptó el hecho en lo demás".

Trabado así el cuasi-contrato de litis contestación, siguió el juicio el curso legal, y puso término a la primera instancia el fallo de once de abril de mil novecientos treinta y nueve por el cual el Tribunal de Bogotá "niega las peticiones de la demanda y en consecuencia absuelve a la Nación de todo cargo en cuanto al presente juicio se refiere". Ordena el fallo que se saque copia de lo conducente y se envíe a uno de los Jueces de Circuito en lo Penal de esta ciudad, para que inicie la investigación criminal correspondiente.

Apelado ese fallo por la parte perdidosa, subió el proceso a la Corte, en donde la Sala de Negocios Generales, a la que compete el conocimiento del asunto, procede a resolver el recurso por estar agotada la tramitación propia de la instancia, y no observarse ninguna causal de nulidad.

La acción incoada

Es la de repetición de lo pagado indebidamente, mediante ciertas condiciones; la misma acción de derecho estricto conocida en el derecho romano con el nombre de **conditio indebiti.** Ya en el Digesto, Ley 53, Título XVII, Libro L, encontramos: "De la cosa que dada por error hay repetición, dada con conocimiento hay donación".

Concepto jurídico sobre la repetición de lo indebido

Refiriéndose a la repetición de lo indebido, dicen Colin y Capitant: "Nada más simple de explicar jurídicamente que esta acción. Es una aplicación de la teoría de la causa. En efecto, el pago tiene por causa una deuda que está destinada a extinguir. Todo pago supone una deuda, dice el artículo 1235, párrafo 1º Si, por lo tanto, la deuda causa del pago no existe, el pago es nulo, porque falta un elemento esencial para su validez. Por consiguiente, dice también el artículo 1235, lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto a repetición. El derecho que tiene el **solvens** de repetir lo que ha pagado indebidamente, es la consecuencia natural de la nulidad del pago". Expresan los mismos tratadistas que la mayor parte de los autores convienen en que la equidad no exige en modo alguno que la ley venga en auxilio del que ha pagado conscientemente lo que no debía.

Según Josserand, "cuando la prestación ha sido efectuada sin que el **solvens** fuese el deudor del **accipiens,** y sin que hubiese la intención de consentir una liberalidad, se dice que hay pago de lo indebido, es decir, pago sin causa jurídica; el **solvens** puede reclamar la restitución mediante el ejercicio de la acción de repetición de lo indebido. La teoría, continúa el mismo autor, no es sino una adaptación a una situación particular de la teoría más vasta del enriquecimiento sin causa, y la acción de repetición no es sino una variedad de la acción de **in rem verso: el accipiens** se enriquece injustamente, sin causa, a expensas del **solvens,** a quien debe cuenta de su enriquecimiento".

Según el mismo Josserand, "para que haya pago de lo indebido son indispensables dos condiciones: que no haya deuda y que el **solvens** haya cometido un error, que haya pagado creyéndose obligado civilmente: si ha pagado conscientemente

la deuda de otro, o si él sabía no estar obligado sino naturalmente, o si ha querido hacerle una liberalidad al accipiens, se le rechaza la acción de repetición.

"Desde el momento en que estas dos condiciones se reúnen, la acción de repetición está abierta al solvens, a menos sin embargo que el acreedor haya suprimido su título sobre la fe del pago recibido, o haya perdido las seguridades que le pertenecían, en vista del pago".

Hipótesis en relación con el pago de lo indebido.

Pueden presentarse éstas: a) No existe ninguna deuda; b) Sí existe, pero el pago se hace a persona distinta del verdadero acreedor, y c) Sí existe, pero la persona del deudor es distinta de aquella que paga. Este último es precisamente el caso del pleito: el derecho de crédito de la Nación, su derecho a cobrar la suma que fue materia de la ejecución con jurisdicción coactiva, es incuestionable, absolutamente incontrovertible. Pero la obligada al pago, la verdadera deudora, no era la señora Paz Martínez G. vda. de Herrera, sino Paz Martínez, persona completamente distinta de aquélla, según se ha comprobado en los autos. Ahora bien, en casos como éste habrá lugar a la repetición si el que paga lo hizo por error de hecho o de derecho, siempre que, en el último evento, el pago no tuviese por fundamento ni aun una obligación puramente natural. Mas si quien verificó el pago lo hizo a sabiendas de que no debía, esto es, con conocimiento de causa, no puede pretender la devolución de lo pagado. En casación de veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, dijo la Corte: "Para que pueda repetirse lo indebidamente pagado, es preciso, como condición esencial, que el pago se hubiese hecho por error. No puede demandarse el reembolso de lo pagado cuando se hizo a sabiendas de que no se debía".

Y refiriéndose al cobro de lo indebido, el Tribunal Superior de España ha sentado jurisprudencia en el sentido de que lo mismo que para el caso de que se verifique a sabiendas, hay que decir para el caso de que se efectúe por pura liberalidad, o por no quedar incurso en responsabilidades generadoras de otros perjuicios.

La fuerza mayor como equivalente del error.

Alega la parte actora que se vio forzada, "ante la promesa de venta que había celebrado, a efectuar el pago del valor total de la ejecución sin estar obligada a ello y sin ser parte en el juicio", con el fin de obtener el desembargo de sus bienes. "El pago —continúa la misma parte actora— es la prestación de lo que se debe, y como yo nada debía ni estaba obligada en forma alguna, me encuentro en el caso del pago de lo no debido que confiere pleno derecho a reclamar la devolución de lo que se debe, pues el que por error y lo mismo se aplica a la fuerza mayor y al mandato de autoridad con jurisdicción coactiva, ha hecho un pago, y prueba que no debía, como acontece en el presente caso, tiene pleno derecho a repetir lo pagado".

La equidad exige que en ciertos casos en que el pago se ha hecho a sabiendas de que no se debía, puede repetirse lo pagado, siempre que el solvens haya obrado bajo el imperio de circunstancias especiales, como la de fuerza mayor.

En el presente caso no se ve claro que hubiese existido la presión o fuerza a que alude la demandante. En efecto, resulta de los autos que ella consignó el valor de la ejecución, de manera provisional, con el objeto de obtener el desembargo de los bienes que le habían sido embargados en la ejecución de que ya se ha hecho mérito, y que el Juzgado no aceptó esa consignación provisional. Que por tal motivo la misma demandante consignó en la Tesorería General de la República el valor de la ejecución con el objeto de cancelar la obligación que pesaba sobre la ejecutada. Que con apoyo en el principio legal de que cualquiera puede pagar por otro, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales admitió el pago efectuado por la

señora Paz Martínez G., y como consecuencia ordenó el desembargo de los bienes. Que a solicitud del apoderado de la misma señora, el propio Juzgado Nacional declaró a la expresada señora subrogada a la Nación, como acreedora, por haber cancelado el valor de la ejecución. Como se ve, la señora viuda de Herrera estuvo conforme en que ella pagaba por otro; de ahí, sin duda, que solicitara, por medio de su apoderado, que se le tuviese como subrogada en los derechos de la Nación; y con la declaración de que en este sentido hizo el Juez, quedó legalizada la trasmisión de los derechos del acreedor; el derecho de crédito de la Nación pasó al tercero que hizo el pago, o sea a la señora viuda de Herrera (artículo 1666 del Código Civil).

Ahora bien, si esta señora es hoy la propietaria del crédito de que se trata, su acción para el correspondiente reembolso debe enderezarla contra las personas por quienes pagó. Inadmisible es la pretensión de repetir lo pagado cuando quien hizo el pago provocó, con la solicitud de que se le declarase subrogado en los derechos del acreedor, la determinación de su situación jurídica. Esa situación, en el presente caso, es inconfundible: la actora en este juicio tiene, como subrogataria, los mismos derechos que tenía la Nación contra los ejecutados, para exigir el pago. Ya la condición jurídica a que se ha aludido no es la del que paga constreñido por circunstancias especiales, como la fuerza mayor, caso en el cual se puede repetir lo pagado, sino la del que se sustituye a la persona del acreedor, condición en cierto modo incompatible con la del que hace un pago indebido, como que éste puede repetir contra la persona que recibió indebidamente, en tanto que aquél sólo tiene acción (la misma acción del primitivo acreedor), contra los deudores de ese primitivo acreedor.

Por el hecho del pago de lo que no se debe surge un vínculo jurídico en virtud del cual el **accipiens** queda obligado a restituír la cosa o cantidad que el **solvens** le entregó o pagó por error. Si, como es evidente, por este medio adquiere el **solvens** la calidad de acreedor, la de deudor ha de recaer en el **accipiens**, persona contra quien aquél tiene la acción de repetición. Pero si el que hizo el pago solicitó en forma expresa —y lo obtuvo— que se le declarase subrogado en los derechos del acreedor, es claro y puesto en razón que al tomar esta calidad a virtud del fenómeno de la subrogación, no puede tener como deudor a quien recibió el pago, sino a los que tienen vínculo contraído con la persona a quien ha subrogado la que verificó el pago. En síntesis: con la subrogación quedó determinada la posición jurídica de la señora viuda de Herrera, posición que no se aviene con la acción que se ha ejercitado en este pleito.

Aquí podría ponerse punto final a la motivación de esta sentencia, pero a fin de abundar en razones se harán algunas consideraciones más sobre la fuerza mayor alegada.

Afirma la demandante que hizo el pago constreñida por la necesidad de obtener el desembargo de los bienes de su propiedad que habían sido embargados en una ejecución en que ella no era parte. Si para obtener el desembargo no hubiese existido otro medio que el pago, la alegación tendría fundamento; pero no es así, la propietaria de los bienes indebidamente embargados tenía, para poner a salvo su derecho, medios adecuados diferentes del pago en la forma que se hizo, o sea con ánimo de subrogarse en los derechos del acreedor. Una articulación de desembargo, por ejemplo, habría bastado para salvaguardiar aquel derecho. Y si se objeta que la necesidad de cumplir una promesa de contrato, en relación con uno de los bienes embargados, no le permitía a la señora viuda de Herrera tomar esta vía de la articulación de desembargo, y que, por el contrario, la puso en la imperiosa necesidad de pagar, para obtener el fin deseado; si tal objeción se hace, cabría redargüír, como lo hizo el Tribunal, que la tal promesa, de la cual se acompañó copia con la demanda, no aparece he-

cha por la actora en este juicio, ni por ninguno que se diga representante suyo, sino por Manuel S. Casalini, quien la celebró obrando como propietario de la finca número 14-55 de la carrera 5ª de esta ciudad. Esa promesa no tenía, por tanto, por qué obligar a la señora viuda de Herrera, la que no aparece allí vinculada en forma alguna. Pero aun en la hipótesis de que esa promesa se hubiese hecho por la misma señora viuda de Herrera, tampoco habría margen para alegar fuerza mayor, ya que en el caso de incumplimiento por parte de dicha señora, sí podía ella alegar, como circunstancia exonerante, la imposibilidad en que se habría encontrado de cumplir lo pactado, debido al embargo del bien materia de la promesa.

Por lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma el fallo recurrido de once de abril de mil novecientos treinta y nueve dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Con costas a cargo de la parte vencida.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

DOCUMENTOS EN COPIA.—AUTOS SOBRE ALCANCES.—EMPLEADOS DE MANEJO.

1.—Los documentos enviados en copia por la Contraloría General de la República a un Juez de Ejecuciones Fiscales sobre alcances deducidos, prestan mérito ejecutivo, por tratarse de documentos auténticos. En lo que respecta a documentos privados la regla general es que se presentan originales en los juicios y sólo en casos excepcionales, taxativamente establecidos en la ley, se admiten en copia (artículo 648, C. J.). No habiendo ninguna disposición legal en la que se diga expresamente que el documento público llamado alcance líquido y definitivo necesita para que preste mérito ejecutivo obrar original en el juicio correspondiente, lo lógico y natural es aceptarlo en copia. — 2.—El sentido de la frase *sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas,* que trae el inciso 3º del artículo 982 del C. J., es el siguiente: sin estar sujeta a deducciones indeterminadas, pero ciertas, ya que la conjunción adversativa *aunque* denota oposición, a pesar de la cual puede ser, ocurrir o hacerse alguna cosa, según enseña el léxico. Los autos sobre alcances deben considerarse providencias definitivas, a pesar de cualquiera rectificación que puedan tener. — 3.—Los empleados de manejo son responsables no sólo por sustracción dolosa, apropiación o malversación de fondos públicos, sino por egresos irregulares, esto es, no ceñidos estrictamente a las normas legales de orden fiscal que rigen la materia.—4.—Las omisiones que hayan ocurrido en un juicio de cuentas promovido por la Contraloría, son alegables en segunda instancia ante el Consejo de Estado y no ante la Corte Suprema de Justicia. 5.—La Corte tiene reiterada jurisprudencia en el sentido de que todo hecho exceptivo en los juicios ejecutivos debe precisarse desde el principio, no siendo por tanto aceptable el que se presenta en forma vaga e imprecisa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

La Contraloría General de la República, por auto número 2476 del 19 de junio de 1936 feneció las cuentas de la Contaduría del 2º Grupo de la Flotilla de Guerra del Caquetá, Putumayo y Amazonas, relativas al período comprendido entre el 18 de marzo y el 31 de agosto de 1935, con alcance de $ 43.834.24 a cargo del responsable, señor Francisco Clement.

La misma entidad en providencia número 1087 del 3 de septiembre de 1936 (fl. 35 del cuaderno principal), declaró ejecutoriado el citado auto de fenecimiento, por haber quedado desierto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Clement al momento de su notificación.

Por escritura pública número 417 de 28 de febrero de 1935 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, el señor Francisco Clement, para garantizar el fiel cumplimiento de su cargo de Contador del 2º grupo de la Flotilla del Amazonas para el cual había sido nombrado, constituyó fianza personal a favor de la Nación y a cargo de los señores Tulia Giraldo, Belisario Correa, Amelia Correa y Rosa Correa. Esta fianza fue además solidaria y con garantía hipotecaria.

El Juzgado Nacional de Ejecuciones

Fiscales de Bogotá, con base en el auto de fenecimiento y en la fianza antes citada, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y contra los señores Francisco Clement, Tulia Giraldo, Belisario Correa, Amelia Correa y Rosa Correa por la suma de $ 43.834.24 m. l. y por sus complementarios.

El mandamiento ejecutivo fue notificado a cada uno de los ejecutados, menos a la señora Tulia Giraldo, quien había muerto. Por tal motivo, el Juzgado ejecutor, por auto de 21 de octubre de 1937, libró mandamiento ejecutivo contra el señor Belisario Correa, como heredero universal de la finada Tulia Giraldo, calidad ésta que aparece comprobada en este proceso, y en tal carácter se le hizo la correspondiente notificación del auto ejecutivo.

El doctor Ignacio Mariño Ariza, como apoderado del ejecutado principal, señor Francisco Clement, pidió reposición del dicho auto, y como no accediera a ella el Ejecutor Fiscal, por auto del 1º de diciembre de 1937 concedió el recurso de apelación, subsidiariamente interpuesto. La alzada fue decidida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, por fallo de 24 de marzo de 1938, en el sentido de confirmar el auto apelado.

En tiempo oportuno, el señor Clement, por medio de su apoderado en este juicio, propuso varias excepciones, de las cuales corresponde conocer a la Corte Suprema de Justicia.

Tramitado el incidente en la forma legal, esta Sala procede a fallarlo, mediante las consideraciones siguientes:

Excepciones propuestas.

Invalidez del título ejecutivo; error de cuenta; pago, y cualquier otro hecho o hechos, o fenómeno jurídico en virtud de los cuales las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Primera.—Invalidez del título ejecutivo.—El excepcionante la sustenta en estos términos:

"Ahora bien, al establecer el legislador colombiano que los **alcances** deducidos por la Contraloría prestan mérito ejecutivo, tuvo el buen cuidado de someter, clara y distintamente, a tres condiciones el documento así llamado, a saber: que **sea original, que sea líquido, y que sea definitivo.**

"La primera condición es obvia: se deduce del hecho de que cuando quiso darle aquel carácter a las **copias,** lo dijo expresamente al referirse a los **reconocimientos** y a las **resoluciones,** lo que hizo deliberadamente en los numerales 2º y 3º del artículo citado (1059 del C. J.). Al paso que cuando destacó el documento llamado "alcance" como el primero entre los que prestan mérito ejecutivo según el mismo artículo, **no lo enumera en copia...** Claro es que, si esa hubiera sido su intención, lo hubiera **permitido** expresamente, como lo hizo en los numerales 2º y 3º con los reconocimientos y con las resoluciones.

"La consecuencia ineludible es, pues, que en tratándose de alcances, no son aceptables en copias, por más auténticas que sean. Se requiere el documento original, es decir, el instrumento público o auténtico, que es "el autorizado con las solemnidades legales por el **competente** funcionario (artículo 1758 de C. C.).

"....

"Y como los documentos que sirven de recaudo ejecutivo en este juicio, solamente figuran en copia, es a todas luces incuestionable —por el aspecto expresado— la **invalidez del título ejecutivo.**

"**La segunda condición** a que sometió deliberadamente el legislador al documento llamado "alcance" para que preste mérito ejecutivo, es que sea líquido.

"El legislador **definió expresamente** lo que se entiende por **liquidez** en tratándose de un documento de los de la naturaleza expresada. En efecto, el inciso 3º del artículo 982 del C. J. dice textualmente: 'Entiéndese por cantidad líquida la que puede expresarse en un guarismo deter-

minado, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas'.

"Pero es lo cierto que el documento llamado por la Contraloría General 'Fenecimiento con alcance', tal como el que en este juicio sirve de recaudo ejecutivo, no tiene la condición de **liquidez,** de que habla la ley. No la tiene, porque ese documento en la generalidad de los casos, está sujeto a deducciones indeterminadas, aunque ciertas, como ocurre todos los días en los juicios de cuentas que les sirven de base, y de cuyas deducciones o reducciones da cuenta con inusitada frecuencia, la misma Contraloría al Juzgado de usted (Ejecutor Fiscal), para que reduzca la ejecución a la suma reducida por aquélla".

El excepcionante, después de citar varios casos en que ha habido reducción en los alcances deducidos por la Contraloría, continúa así:

"La estadística de la Sección de Fenecimiento de la Contraloría General arroja un total de providencias considerable, año por año, en las cuales se decreta la **reducción de alcances** elevados contra responsables del Erario, o **se levanta totalmente el cargo.**

"Por qué ocurre semejante cosa en la Contraloría General de la República? La respuesta es de una sencillez encantadora: Porque en materia de Juicios de Cuentas **no hay nunca autoridad de cosa juzgada**: ninguna providencia es definitiva; todas están sujetas a revisión, ya sea en favor, o en contra del responsable".

Después de referirse a las normas legales que regulan los juicios de cuentas en la Contraloría General de la República y a las reducciones de los alcances deducidos a los responsables de fondos del Erario que autorizan las respectivas disposiciones, el excepcionante concluye:

"Este es el fenómeno que engendra las 'deducciones indeterminadas aunque ciertas de que habla el artículo 982 del C. J., y que le quitan el carácter de **líquido,** o de **liquidez,** al documento que en copia envía la Contraloría General de la República al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, para que sirva de **recaudo ejecutivo** contra un responsable del Erario".

Sobre la tercera condición, el excepcionante expresa en lo sustancial la idea de que el documento que sirve de recaudo ejecutivo en este juicio no es definitivo porque contiene una providencia que es susceptible de revisión y de reducción en el alcance deducido.

Anda errado el excepcionante al objetar el título que ha servido de recaudo ejecutivo, por la circunstancia de no figurar original en el juicio, como él cree que debe figurar, sino en copia. Para la Corte es incuestionable que las copias expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos, de los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, hacen plena prueba acerca de su contenido y tienen el carácter de documentos auténticos, es decir, se presume la legalidad de su origen, y, por lo mismo, tienen fuerza probatoria mientras no se compruebe su falsedad.

En lo que respecta a los documentos privados, la regla general es que se presentan originales en los juicios, y sólo en casos excepcionales, taxativamente establecidos por la ley, se admiten en copia (artículo 648 del C. J.).

Como muy bien observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, "si el ordinal 1º del artículo 1059 del Código Judicial señala los alcances líquidos y definitivos para asignarles mérito ejecutivo sin expresar si han de obrar en copia o en su original, quedan sometidos a la norma general sobre la materia como documentos públicos que son", es decir, les es aplicable el artículo 632 del mencionado Código. No habiendo ninguna disposición legal en la que se diga expresamente que el documento público llamado alcance líquido y definitivo necesita para que preste mérito ejecutivo obrar original en el juicio correspondiente, lo lógico y natural es aceptarlo en copia conforme a la

regla general ya expresada. Esa regla no puede ser modificada, en cuanto al documento público llamado alcance, por mera inferencia, por más apariencia lógica que tenga.

El segundo reparo, o sea que el alcance que ha motivado esta ejecución no es líquido, es igualmente infundado. El error del excepcionante, como tinosamente lo anota el señor Procurador Delegado, consiste en considerar como hecho evidente que el alcance de que se trata está irrevocablemente sujeto a deducciones indeterminadas.

Se trata de una mala interpretación de la frase **sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas,** que trae el inciso 3º del artículo 982 del C. J. Para el excepcionante parece ser incuestionable que la cantidad que se persigue con la presente ejecución será materia de tales deducciones. Y ello no es así. La conjunción adversativa **aunque** denota oposición, a pesar de la cual puede ser, ocurrir o hacerse alguna cosa, enseña el léxico. En la referida frase la dicha conjunción adversativa equivale a pero; el sentido es, pues, este: sin estar sujeta a deducciones indeterminadas, pero ciertas. ¿Podrá decirse con fundamento que es un hecho cierto, evidente, que la cantidad que se cobra por medio del presente juicio sufrirá deducciones? Sólo por aberración podría sostenerse la afirmativa. Huelga decir que por el hecho de que sean frecuentes los casos en que ha habido reducción en los alcances deducidos por la Contraloría General de la República, no se puede concluír rectamente que ahora, en el caso de autos, habrá de suceder lo mismo.

El tercer reparo, o sea que el recaudo ejecutivo no tiene el carácter de definitivo, es igualmente deleznable. Llámese auto, sentencia o como se quiera la providencia proferida por la Contraloría, que en el presente caso sirvió de recaudo, lo cierto es que en ella se pone término al juicio de cuentas, se decide lo que es materia del juicio, se le pone fin, y ello es suficiente para que se le considere, a la luz del derecho procesal, fallo definitivo, y es de observar que no es necesario para asignarle esta categoría que haga tránsito a cosa juzgada. Los juicios especiales terminan con una sentencia definitiva y sin embargo pueden ser revisados por la vía ordinaria, y dar lugar así a un fallo contrario al que fue materia de la revisión. Por el hecho de que el juicio de cuentas quede abierto a cualquier rectificación sobre el verdadero alcance, no puede desconocerse el carácter de definitiva que tiene la providencia en que el alcance se deduce.

Segunda excepción.—Error de cuenta.

Para sustentar este medio de defensa, el excepcionante se expresa como sigue:

"Esta excepción la fundo: a) En que al deducir la Contraloría en contra de mi mandante un **'alcance'** de $ 24.834.24, cosa que hizo en la pieza llamada 'fenecimiento' marcado con el número 2476, procedió sin estudio formal de los elementos cualitativos y cuantitativos que integraban las cuentas de la responsabilidad del señor Clement, como se hará resaltar, o se pondrá de presente en esa Hon. Corte Suprema de la justicia colombiana, a su debido tiempo; b) En que la Contraloría General de la República, como Tribunal Supremo de Control Fiscal de la Nación, al examinar y fenecer con semejante alcance las cuentas de la responsabilidad de mi mandante, incurrió en errores manifiestos de apreciación y de aplicación; o bien dejó de aplicar las verdaderas normas legales y reglamentarias consignadas en las disposiciones de la Ley 42 de 1923, Decreto 911 de 1932; las resoluciones y circulares generales emitidas por aquella entidad sobre la manera de llevar la contabilidad de las diferentes dependencias contables de la Nación, y sobre la forma, modo y tiempo de rendir las cuentas, errores que culminaron en dejar a cargo del señor Clement un alcance de semejante magnitud, cuando si las normas legales y reglamentarias hubieran sido aplicadas rectamente, se hubieran abonado a mi mandante sumas de consideración, y se le hubieran aceptado como comprobantes documentos cuya efi-

cacia exculpativa no puede discutirse, lo que hubiera eliminado, o al menos, reducido considerablemente aquel alcance; d) En que no se estimaron como pruebas en favor del señor Clement los comprobantes por él allegados para acreditar egresos efectuados por él en desempeño de apremiantes necesidades y en ejercicio de delicadas funciones. En este caso se hallan, especialmente, los relacionados con las cuentas de enero a agosto, inclusive, del año de 1935; e) En que fueron desestimados por la Contraloría General de la República las relaciones de autorización libradas por el Ministerio de Guerra a favor del Contador-Mayor de Florencia (Caquetá), a quien legal y de manera reglamentaria correspondía, a su vez, hacer a favor del señor Clement las remesas correspondientes de fondos. Esta desestimación hecha por la Contraloría General de la República es injusta, caprichosa, antipática en grado sumo por el funesto y desmoralizador precedente que sienta entre una clase social tan numerosa como la de los abnegados responsables del erario nacional por razón de la dualidad de criterios aplicados por la Contraloría allí donde no debe haber más que uno; y porque, además, desestimaciones de esa naturaleza pugnan en forma por lo menos irritante con la técnica contable de que tanto alardea la misma institución, como será supremamente grato ponerlo de presente a la Corte, cuando llegue el momento; f) En que especioso —por decir algo en forma suave— el argumento básico exhibido por la Contraloría para sustentar los más sustaciales renglones de las glosas hechas a las cuentas del señor Clement, argumento que se hace consistir en que el señor Clement hizo erogaciones **superando las autorizaciones** y con omisión de los presupuestos mensuales. Pero ello es que del juicio de cuentas no aparece acreditada esa afirmación de la Contraloría. Mas, aunque tal hubiera sido el fenómeno, es historia antigua la jurisprudencia sentada, no solamente por el Consejo de Estado, sino por la misma Corte Suprema de Justicia que, en casos tales, aun-

que el responsable del Erario hubiera superado las autorizaciones contenidas en las ordenaciones mensuales, si esos gastos se hicieron efectivamente en el servicio público, y debían hacerse necesariamente dentro de la vigencia fiscal — como precisamente es el caso del señor Clement — la Contraloría no puede desconocerlos, porque la Nación — llamada a ser el eterno modelo de equidad y de justicia menos que nadie, no puede enriquecerse a costa ajena. Sin embargo, el dichoso empleado examinador de aquella institución a quien correspondió el examen de las cuentas de Clement encontró un filón que explotar en favor de la intangibilidad del Tesoro Nacional, y glosó todos esos gastos (egresos), sin razón, y sin compasión. La Contraloría ha venido sufriendo últimamente una evolución curiosa, según la cual parece que revive en sus relaciones con los pobres responsables del Erario el principio aquel de la Ley de las 12 Tablas: **"Adversus hostes eterna autoritas"** (Contra el enemigo, siempre hay razón). Porque por regla general, para la institución directriz del control nacional el responsable debe ser mirado como un enemigo en potencia o en acto, según las circunstancias.

"g) En que el referido "fenecimiento" no es ciertamente una pieza serena, justa, asentada sobre la realidad de los hechos y conforme con las normas del control fiscal y con las prácticas contables establecidas por la Contraloría; sino, por el contrario, una reproducción servil de la literatura oportunista y salmodiesca (para congraciarse con las altas directivas fiscales de la Nación) que caracteriza el ACTA DE VISITA fechada en La Enea el día 29 de octubre de 1935 a virtud de visita practicada por empleados del Ministerio de Hacienda y de la misma Contraloría. Debía la Contraloría someter al análisis y a la crítica jurídica y contable, sí o nó, esta pieza; o podía legalmente — como hizo — acogerla integralmente, sin examen, y sin crítica científica, como fundamento del alcance deducido a mi mandante?

"h) En que pecan contra los principios

que informan la legislación fiscal nacional, en lo relativo a las normas a que deben ajustar sus actos los responsables del Erario, y contra elementales nociones de justicia fiscal, la práctica — o mejor — la teoría por primera vez puesta en práctica por la Contraloría General de la República (el ensayo debía hacerse precisamente con el señor Clement) de **darle fuerza de prueba plena — dentro del juicio de cuentas,** a las afirmaciones de testigos que, en un proceso criminal por el supuesto delito de alzamiento con caudales públicos, **figuran declarando contra un responsable del Erario, dentro de la información puramente sumaria!**

"i) En que es igualmente injusta, ilegal y anticientífica (me refiero en esta parte al criterio llamado **contable** por los altos jefes de la Contraloría General, criterio basado en la "ciencia contable") la práctica que ha empezado a ejercer la Contraloría (siendo el caso de mi mandante el primero en su especie) de rechazar como comprobantes documentos firmados, sellados y refrendados por la **primera e inmediata jerarquía militar** de la Base de La Enea, para exigir — en su lugar — los de un subordinado de aquella misma jerarquía. ¿Habrá algo más extraño?".

Sobre el particular la Corte acoge, por estimarlos ajustados a la verdad procesal los siguientes conceptos del señor Procurador Delegado en lo Civil:

"No expresa el excepcionante hecho alguno de donde pueda resultar que la cuenta fue errada. Lo único que concreta algo es lo relacionado bajo los ordinales d) y e) del respectivo escrito. Dice así:

"..... .....

Pero en la resolución de alcance aparecen expresadas las razones de orden legal que justifican la desestimación de los elementos con que el responsable pretendió justificar egresos irregulares. Los empleados de manejo son responsables no sólo por sustracción dolosa, apropiación o malversación de fondos públicos, sino por egresos irregulares, esto es, no ceñidos estrictamente a las normas legales de orden fiscal que rigen la materia. El excepcionante no ha demostrado la legalidad de aquellos egresos, para que así resultara demostrada la ilegalidad de la resolución de alcance. El propio apoderado del excepcionante, experto en estas materias, como que ocupó el alto cargo de Contralor General de la República, se declara vencido en su alegato de conclusión, en lo relativo a este medio de defensa, cuando dice:

" '2ª En consecuencia, la defensa — o el derecho de defensa del responsable señor Clement — en cuanto a esas dos excepciones (la de PAGO y la de ERROR DE CUENTA) se halla en el caso de no poder demostrarlas, porque toda demostración es imposible, por la carencia casi absoluta de los comprobantes. Es, señor Magistrado, un caso de fuerza mayor, un caso fortuito, porque la única fuente de donde podían hacerse venir a los autos, o al debate, aquellos comprobantes, era el juicio de cuentas. Y allí no están, por haberlos solicitado el funcionario de instrucción. Y no podía yo estudiarlos en el sumario, ni aun en el caso de que fuese el defensor de Clement (lo es el doctor José Camacho Carreño), porque la reserva del sumario me lo prohibía. Y no podía pedirlos originales, porque el funcionario de instrucción — con razones legales que huelga mencionar — los habría negado. Y las copias no podían ser estimadas, en generalidad, según las Resoluciones de la Contraloría General de la República (Nos. 7 de 1932 — Resolución número 7 de 1927 — y Circular General número 8 de 1927)'.

"Este reconociento expreso del excepcionante exime de toda otra argumentación al respecto".

Observa además la Sala, en relación con los hechos distinguidos con las letras a) y b) que las omisiones que hayan ocurrido en un juicio de cuentas promovido por la Contraloría General de la República, son alegables en segunda instancia ante el Consejo de Estado, y no ante la Corte Suprema de Justicia.

Tercera excepción: Pago.

La funda el excepcionante así:

"Fundo esta excepción: **en derecho,** en

las disposiciones pertinentes del C. F.; de la Ley 42 de 1923; del Decreto 911 de 1932; de las Resoluciones y Circulares Generales sobre Contabilidad de las Contadurías Pagadoras del Ejército, emitidas por la misma Contraloría, y vigentes en la época de la responsabilidad de mi mandante, y en las prácticas contables de la Nación. Como fundamentos de **hecho** en los mismos que expuse al tratar de la excepción anterior, pues todos ellos—**Ceteris paribus**—le son aplicables".

Como a esta excepción se le señalan como hechos generadores los mismos que sustentan la de error de cuenta, y ya se ha visto que el mismo excepcionante se declara en imposibilidad de comprobarlos, la que ahora se estudia debe correr la misma suerte de la anterior.

Cuarta excepción

La Corte tiene reiterada jurisprudencia en el sentido de que todo hecho exceptivo en los juicios ejecutivos debe precisarse desde el principio, no siendo por tanto aceptable el que se presenta en forma vaga e imprecisa, como acontece en el presente caso.

Las alegaciones hechas a última hora por el excepcionate sobre informalidades en la notificación del proveído que declaró ejecutoriada la providencia de fenecimiento, no puede tenerlas en cuenta la Sala, por no haber sido aducidas con la demanda de excepciones. Si las tales informalidades no fueron presentadas entre los hechos fundamentales de la excepción de invalidez del título ejecutivo, es improcedente su alegación ahora. Conviene observar, además, que no hay paridad entre el caso a que se refiere la jurisprudencia de la Corte citada por el excepcionante, y el que sirve de fundamento a las alegaciones no acogidas por la Sala. Aquí se trata de la notificación por edicto del auto en que se declaró ejecutoriada la providencia en que se dedujo el alcance, y esa notificación por edicto está autrizada por disposiciones emanadas de la Contraloría General de la República.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, declara no probadas las excepciones propuestas en el presente juicio por el señor Ignacio Mariño Ariza, en su condición de apoderado especial del señor Francisco Clement.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NO SE REPONE UN AUTO — TRIBUNALES DE ADUANAS — JURISDICCION SOBRE ASUNTOS REFERENTES A IMPUESTOS

1. Puede afirmarse sin lugar a dudas que los Tribunales de Aduanas no sólo tienen facultad para revisar las providencias de los respectivos administradores sino que son competentes privativamente para ordenar el reintegro de las cantidades pagadas con exceso, es decir, son ellos los llamados a decidir, en cada caso particular, si las acciones de repetición por pago de lo no debido, basadas en la ilegalidad de los aforos, pueden prosperar o nó. — 2. Los artículos 39, ordinal b) y 19, ordinal 3º de la Ley 130 de 1913, atribuyen a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares respecto al monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El apoderado de la parte demandante pide a la Sala que reponga su auto de fecha 24 de julio pasado, por medio del cual la Corte confirmó la decisión del Tribunal Superior de Barranquilla en el sentido de declarar probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el fiscal de dicho tribunal dentro del juicio ordinario promovido por el gerente de la sociedad "Maizena, S. A." contra la Nación.

Al poner la solicitud del actor a disposición del señor Procurador Delegado en lo civil, este funcionario reafirma y amplía las tesis por él sustentadas en su anterior concepto y termina pidiendo a la Corte que no acceda a la reposición pedida.

El señor apoderado de la parte actora insiste en sus puntos de vista consignados por él en el libelo de demanda y en los posteriores alegatos que presentó con motivo de la excepción dilatoria en referencia. Dice el memorialista, entre otras cosas, que en el presente caso se trata de "la restitución de dineros por pago de lo no debido y estos pagos y estas restituciones, no pueden en ningún caso decretarlas, ni ordenarlas, ni fallarlas, los tribunales administrativos, porque no es de su competencia, ni entra en sus funciones".

La Sala considera:

En el auto cuya reposición solicita el apoderado del actor, la Corte adujo dos ranes fundamentales para declarar que la justicia ordinaria no puede entrar a resolver el problema planteado en la demanda: en primer lugar, porque el punto controvertido no es de derecho privado, sino de derecho administrativo fiscal, lo que hace inaplicable al caso de autos el numeral 3º del artículo 76 del Código Judicial; y en segundo lugar, porque las entidades competentes del orden administrativo ya examinaron y decidieron en forma definitiva todas las cuestiones que el demandante insiste en hacer prosperar bajo las apariencias de una acción de repetición por pago de lo no debido. Agregó la Corte que de conformidad con el artículo 93 de la Ley 130 de 1913 la decisión de aquellas entidades no está sometida a ulterior revisión por parte de la justicia ordinaria.

La Sala consideró suficientes las anteriores razones para declarar probada la excepción de declinatoria de jurisdicción, ya que están fundadas en claras y terminantes disposiciones de la Ley 79 de 1931, que organizó y reglamentó íntegramente

la materia relacionada con la importación y exportación de mercancías, aplicación de la tarifa de aduanas, reembolsos en el caso de que se acredite que el importador depositó o pagó más de la suma exacta de los derechos y, en general, todo lo que constituye el régimen aduanero.

Pero como el apoderado del actor insiste en su tesis de que a pesar del proceso administrativo a que se ha hecho referencia y de las razones expuestas por la Corte, es perfectamente viable un segundo litigio ante la justicia ordinaria sobre el mismo asunto, la Sala, para mayor abundamiento y con el objeto de dárle a sus afirmaciones una base todavía más sólida, trascribe a continuación algunos apartes del auto de fecha 28 de mayo de 1937, en el cual se estudió y decidió un litigio cuyos lineamientos generales coinciden perfectamente con los del caso que ahora se contempla. La doctrina allí sentada se basa especialmente en la Ley 45 de 1931 cuyas disposiciones en materia de reembolsos por pago de impuestos liquidados sobre aforos ilegales, obedecen a los mismos principios jurídicos en que se inspiró el legislador al expedir la Ley 79 del mismo año:

"Por lo trascrito se ve muy claro que el juicio que ahora se estudia tiene el mismo objeto y se funda en las mismas causas que el ya resuelto por el Consejo de Estado. La cuestión actualmente propuesta: devolución de las sumas consignadas por razón del impuesto sobre la renta, por ser la clasificación errónea, ya fue decidida definitivamente por esa entidad.

"Y que al Consejo era a quien correspondía dirimir tal controversia, por tener él competencia privativa para conocer de las reclamaciones sobre impuestos nacionales, a causa de errores en las liquidaciones, que es el caso de que se trata, se deduce de claros textos legales:

"El artículo 89 de la Ley 130 de 1913, dice:

" 'La persona a quien se exija un impuesto nacional, que crea no puede serle exigido, o se le liquide de manera que él juzgue incorrecta, puede ocurrir al Tribunal Seccional Administrativo correspondiente para que se revise la Resolución del Recaudador'.

"Así mismo, los artículos 39, ordinal b), y 19, ordinal 3), de la misma ley, atribuyen a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares respecto al monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales.

"Y más concretamente, la Ley 45 de 1931, en su artículo 5º, se refirió al reintegro o devolución de sumas de dinero pagadas con exceso por impuestos nacionales y dispuso que 'la sentencia de lo contencioso-administrativo, que califique la exactitud y legalidad del aforo, exprese la cantidad que debe devolver el fisco, cuando sea el caso'.

'El artículo citado reza: 'En los casos de los artículos 89 y 90 de la Ley 130 de 1913, cuando se demande el reintegro o devolución de sumas de dinero pagadas con exceso por impuestos nacionales, departamentales o municipales, la sentencia expresará la suma líquida que debe reintegrarse por el Fisco respectivo. Para los efectos de este reintegro, estos fallos tendrán la fuerza de sentencia ordinaria' ". (**Gaceta Judicial**, número 1927, página 547, 2ª)

Aplicando la doctrina anterior al caso de autos, puede afirmarse sin lugar a dudas que los tribunales de aduanas no sólo tienen facultad para revisar las providencias de los respectivos administradores sino que son competentes privativamente para ordenar el reintegro de las cantidades pagadas con exceso, es decir, son ellos los llamados a decidir, en cada caso particular, si las acciones de repetición por pago de lo no debido, basadas en la ilegalidad de los aforos, pueden prosperar o nó.

Finalmente, como el apoderado del actor da a entender en su alegato que la Corte no ha hecho la debida delimitación entre el juicio que puede seguirse ante lo contencioso-administrativo sobre ilegalidad de los aforos y el que se promueve ante

el Organo Judicial sobre reintegro de lo pagado sin deber en virtud de tales aforos, estima la Sala oportuno advertir, como ya lo hizo en el auto antes citado, que en virtud de claros textos legales esas dos clases de controversias deben ser resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala considera que no se han desvirtuado las razones que la llevaron a confirmar el auto del Tribunal Superior de Barranquilla por medio del cual se declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción y, en consecuencia, no accede a la reposición solicitada por el apoderado de la parte demandante.

Cópiese y notifíquese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio."

PERSONAS JURIDICAS —FUNDACIONES — CORPORACIONES

1. Los atributos esenciales de las colectividades elevadas al rango de personas jurídicas, con el cual pueden adquirir derechos y contraer obligaciones son tres: 1º autorización expedida por la autoridad pública; 2º un representante que actúe por ellas, ya que el titular de los derechos y de las obligaciones no es cada uno de los miembros que integran la colectividad, sino la persona moral de la colectividad una e indivisible; y 3º existencia de un patrimonio y de una capacidad propia, independientemente del de sus miembros. El primero de los elementos indicados es la base de la existencia moral o persona jurídica. El reconocimiento puede ser obra de la ley de una actuación administrativa. Hay casos en que el legislador confiere directamente la personería jurídica a las agrupaciones con un fin determinado, como acaece con la Nación, los departamentos, los municipios, las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica. Pero por regla general es al poder ejecutivo a quien corresponde administrativamente discernir la personería jurídica a las asociaciones y fundaciones que aspiren a ingresar a la vida civil. El requisito del reconocimiento por el Poder Público constituye la diferencia primordial entre las personas jurídicas y las personas naturales. La persona natural, por el hecho de nacer, adquiere también vida jurídica. En tanto que la persona moral requiere para vivir un acto de la autoridad que autorice su existencia como sujeto capaz de derechos y obligaciones. — 2. Las personas jurídicas regladas por el C. C. son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. La corporación está formada por una reunión de individuos y tiene por objeto el bienestar de los asociados ya sea físico, intelectual y moral. No persigue fines de lucro. La fundación se distingue de la corporación en que es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de educación públicas, para lo cual se destinan bienes determinados. En la fundación no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personalidad jurídica. Las personas que por ella actúan son secundarias en contraste con las que actúan en la corporación. En la corporación hay asociación de personas, en la fundación, predestinación de bienes a fines sociales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Rodrigo Becerra, diciéndose apoderado de los leprosos caldenses asilados en el leprocomio de Agua de Dios, instauró demanda contra el departamento de Caldas o contra los señores Alfonso Mora Naranjo, Luis Gonzalo Gómez, José Manuel Angel y Manuel S. Buitrago, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hicieran a favor de sus representados las siguientes declaraciones:

Primera. "Que el departamento de Caldas debe pagar a los leprosos caldenses asilados en Agua de Dios, tres días después de notificada la sentencia que se dicte, la cantidad de cinco mil pesos oro ($ 5,000.00), y sus intereses corrientes respectivos desde que dicha cantidad se hizo exigible por concepto de sobrerrecio-

nes que dejaron de pagárseles de acuerdo con las ordenanzas departamentales sobre la materia, desde el doce de enero de mil novecientos veinticinco hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiocho".

Segunda. "Que en caso de no hacerse la declaración anterior se declare que los señores Alfonso Mora Naranjo, Luis Gonzalo Gómez, José Manuel Angel y Manuel S. Buitrago, de las condiciones dichas y en su carácter de Directores de Educación Pública del Departamento de Caldas desde el 12 de enero de 1925 al 31 de diciembre de 1927, están obligados mancomunada y solidariamente o por las cuotas que les corresponden de a mil doscientos cincuenta pesos ($ 1,250.00), cada uno, a pagar a los leprosos caldenses asilados en Agua de Dios, tres días después de ejecutoriado el fallo que se dicte, la cantidad de cinco mil pesos oro ($ 5,000.00) y sus intereses corrientes respectivos desde que se hizo exigible esa cantidad que recibieron en su carácter dicho y que no fue enviada a los destinatarios por concepto de sobrerraciones".

De acuerdo con los elementos probatorios que obran en el expediente puede afirmarse que los hechos antecedentes de esta demanda ocurrieron así:

1º La Asamblea de Caldas, en un sinnúmero de ordenanzas y guiada por un alto sentido humanitario, ha votado partidas para auxiliar a los leprosos de su departamento; entre estas ordenanzas pueden citarse las siguientes: 7 y 11 de 1914, 7 de 1915, 14 de 1916, 48 y 52 de 1918, 4 y 48 de 1919, 10 de 1922.

2º En los presupuestos de rentas y gastos se apropiaron las partidas correspondientes, así:

Vigencia 1º de julio de 1924 a 30 de junio de 1925, $ ....

(D. N. 54, 11 de junio de 1924).

Vigencia 1º de julio de 1926 a 30 de junio de 1927, $ ....

(D N. 187, 11 de junio de 1925).

Vigencia 1º de julio de 1926 a 30 de junio de 1927, $ ....

(D N. 231, 9 de junio de 1926).

Vigencia 1º de julio de 1927 a 30 de junio de 1928, $ ....

(D. N. 275, 1º de julio de 1927).

3º La ordenanza número 27 de 27 de marzo de 1919 dijo en su artículo 10 lo siguiente:

"Todo lo relacionado con el ramo de Beneficencia, como hospitales, lazaretos, manicomios, etc., será ejercido por la Gobernación por conducto de la Dirección de Instrucción Pública".

4º El señor Jaime Marulanda, en su carácter de Oficial Mayor de la Dirección de Instrucción Pública presentó a la Tesorería departamental las cuentas de cobro de las partidas correspondientes a las sobrerraciones de los leprosos, cuentas extendidas a su favor, autorizadas con la firma del señor Director de Educación Pública, con el visto bueno del señor Gobernador del Departamento, dineros que le fueron entregados en la Tesorería departamental previas las órdenes de pago dadas por el señor Secretario de Hacienda.

5º De estos dineros dejaron de remitirse a su destino, según afirmación del demandante, algunas cantidades; parece que no llegaron al leprocomio cinco mil pesos, correspondientes a partidas que han debido enviarse entre el 12 de enero de 1925 y el 31 de diciembre de 1928.

6º Tales dineros fueron apropiados indebidamente por Jaime Marulanda, Oficial Mayor de la Dirección de Educación Pública, lo que ocasionó que se le siguiera a éste un proceso criminal que no culminó con la prisión del responsable y aplicación de la pena correspondiente por haber huído del país.

Surtida la primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales le puso término en sentencia de fecha 31 de mayo de 1937, en la cual se declaró establecida la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y como consecuencia se absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Como el señor apoderado de los demandantes apelara del fallo del Tribunal, éste concedió el recurso para ante la Corte, y

en esta entidad se han surtido los trámites propios de la segunda instancia hasta poner el negocio en estado de recibir fallo.

Personalidad de la parte demandante

El Tribunal encontró acreditada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y por eso absolvió a los demandados. En los siguientes pasajes del fallo encuéntranse las razones de su conclusión:

"El actor demanda a nombre y en representación de la Colonia de leprosos caldenses asilados en Agua de Dios. De modo que lo hace a nombre de una corporación.

"No se ha establecido en forma alguna, la existencia del ente jurídico denominado Colonia Caldense de asilados en Agua de Dios. Ni hay disposición legal que haya creado este organismo como persona de derecho.

"Lo único que se ha presentado en este negocio, es copia de una acta en que una Junta, que se denomina pro-Caldense, nombró a Tulio Henao, el demandante, presidente de la Junta e hizo otros nombramientos. Pero esto no es prueba de cuáles sean las atribuciones de esa entidad y si ella pueda cobrar las sobrerraciones de los leprosos.

"Tampoco son prueba de la existencia legal de dicha Junta los oficios de la Dirección de Lazaretos en que trascribe el nombramiento de miembros de ella al demandante y a dos personas más como miembros de la Junta, porque no se sabe con qué facultad fueron hechos tales nombramientos por el Director mencionado, y del hecho del nombramiento, tampoco se deduce que exista la Junta en mención.

"Faltando la demostración de los hechos anteriores, falta la comprobación de la entidad demandante y falta como consecuencia la comprobación de la personería que alega Tulio Henao y como esto constituye una excepción perentoria, la de ilegitimidad sustantiva de la personería, por lo cual aun establecido, que el Departamento o los otros demandados debieran la suma porque se les demanda, hay justificado un hecho que constituye una excepción perentoria, que es una de las alegadas por los demandados, y por esto es necesario, de conformidad con los artículos 343 y 344 del C. Judicial, fallar este pleito en consonancia con dicha excepción."

La Corte encuentra que los anteriores conceptos se ciñen a la realidad procesal y a los dictados de la ley, por cuya razón la conclusión a que llegó el Tribunal es la única que se ajusta a derecho, como va también a verse en las siguientes consideraciones:

* * *

En el lenguaje jurídico son **personas** los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones.

La doctrina corriente reconoce dos clases de personas: 1º los individuos de la especie humana considerados como hombres y llamados personas físicas; y 2º ciertos establecimientos, fundaciones o seres colectivos a los cuales se les da indiferentemente el nombre de **personas morales o personas jurídicas.**

Fuera de estas dos clases de personas capaces de actuar en la vida y ser por consiguiente sujetos de derechos y de obligaciones, no se conocen otras.

La personalidad moral es la atribución de derechos y de obligaciones a otros sujetos que no son los seres humanos.

La simple asociación de hombres para un fin determinado es insuficiente de por sí a constituír la personalidad moral. "Se deben distinguir — dice Ferrara — las agregaciones humanas — existencias ya dadas, reales cuanto se quiera — de la forma jurídica de la personalidad que la reviste, la cual es un producto puro del derecho objetivo. Ahora bien, el reconocimiento produce precisamente la personalidad, concede la forma unitaria, imprime este sello jurídico a las organizaciones sociales, y éste es un efecto nuevo, que antes no existía y que las partes por sí solas eran impotentes para producir".

Las personas jurídicas, dice el mismo autor, existen sólo en el derecho y por el derecho. "Faltando el reconocimiento no hay más que colectividades de individuos".

El estado se reserva para sí el derecho de intervenir en la constitución de las personas jurídicas, porque son obra de su voluntad.

La Constitución Nacional — artículo 12 de la nueva codificación — estatuye que la capacidad, el reconocimiento, y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la ley.

El artículo 633 del C. Civil define la persona jurídica, señalando los atributos que le son propios, iguales a los de la persona física: Es una entidad capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

De consiguiente los atributos esenciales de las colectividades elevadas al rango de personas jurídicas, con el cual pueden adquirir derechos y contraer obligaciones son tres: 1º autorización expedida por la autoridad pública; 2º un representante que actúe por ellas, ya que el titular de los derechos y de las obligaciones, no es cada uno de los miembros que integran la colectividad, sino la persona moral de la colectividad una e indivisible; y 3º existencia de un patrimonio y de una capacidad propia, independientemente del de sus miembros.

El primero de los elementos indicados es la base de la existencia de la persona moral o jurídica. El reconocimiento puede ser obra de la ley o de una actuación administrativa. Hay casos en que el legislador confiere directamente la personería jurídica a las agrupaciones con un fin determinado, como acaece con la nación, los departamentos, los municipios, las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica.

Pero por regla general es al poder ejecutivo a quien corresponde administrativamente discernir la personería jurídica a las asociaciones y fundaciones que aspiren a ingresar a la vida civil.

El requisito del reconocimiento por el Poder Público constituye la diferencia primordial entre las personas jurídicas y las personas naturales. La persona natural por el hecho de nacer adquiere también vida jurídica. En tanto que la persona moral requiere para vivir un acto de la autoridad que autorice su existencia como sujeto capaz de derechos y obligaciones.

Las personas jurídicas regladas por el Código Civil son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

No habla el Código Civil de las personas jurídicas resultantes de las sociedades civiles o comerciales con fines de lucro, porque ellas obedecen a reglas distintas de las establecidas en el artículo 633 y siguientes del mismo estatuto.

Por eso las referidas disposiciones únicamente contemplan las corporaciones y las fundaciones.

La corporación está formada por una reunión de individuos y tiene por objeto el bienestar de los asociados ya sea físico, intelectual y moral. No persigue fines de lucro.

La fundación se distingue de la corporación en que es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de educación públicas, para lo cual se destinan bienes determinados. En la fundación no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personalidad jurídica. Las personas que por ella actúan son secundarias en contraste con las que actúan en la corporación.

En suma en la corporación hay asociación de personas, en la fundación predestinación de bienes a fines sociales.

El artículo 636 del C. Civil somete los estatutos de las corporaciones a la aprobación del poder ejecutivo, quien los examina al momento de conceder a aquellas personalidad jurídica, es decir en el momento en que la corporación nace a la vida jurídica como sujeto de derechos y de deberes civiles.

La sociedad demandante denominada Colonia de Leprosos Caldenses de Agua de

Dios, indudablemente pertenece al núcleo de las corporaciones, pues la constituye un núcleo de personas que se han asociado en persecución de fines determinados de interés económico y social común a todas ellas.

Pero para que la citada corporación valga como persona jurídica, capaz de tener derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, conforme a la capacidad que toda persona jurídica tiene al tenor del artículo 633 del C. Civil, requiere de manera primordial el reconocimiento como tál de la autoridad pública. El poder ejecutivo por conducto del ministerio de gobierno es el encargado de autorizar la existencia de las personas jurídicas, distintas de las sociedades comerciales o civiles con fines de lucro, o que han sido expresamente reconocidas por una ley.

Pero sucede que la corporación demandante no ha traído al juicio el comprobante de que posea el rango de persona jurídica. De consiguiente es una simple asociación, que si bien puede funcionar bajo el amparo de las leyes, por faltarle el reconocimiento como persona jurídica no es más que simple agrupación de personas, carente de capacidad legal para ser oída en juicio.

De nada vale la ratificación que en el curso de la segunda instancia hizo un grupo de personas asiladas en Agua de Dios, que dicen pertenecer a la asociación, del poder conferido al abogado que inició el juicio por el presidente de la Colonia de Leprosos Caldenses de Agua de Dios, porque la demanda no está propuesta por ellos individualmente, sino formulada a nombre de dicha sociedad como titular del derecho que mediante la acción judicial reclama. El vínculo de derecho que se trata de hacer efectivo tiene como extremos a la entidad demandante, como persona, y a los sujetos demandados. Por ello, darle efectos a la ratificación sería cambiar fundamentalmente la causa para pedir y los postulados de la demanda.

El vicio que se anóta es sustantivo. No tiene el carácter de nulidad procesal. Se trata nada menos que de la existencia misma de la persona que se presenta a demandar, y ello corresponde a una cuestión de fondo capital en todo litigio. Por eso el Tribunal hizo bien en declarar la excepción como perentoria.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia materia del recurso de apelación, dictada por el Tribunal de Manizales con fecha 31 de mayo de 1937.

Sin costas en la segunda instancia.

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

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.”

EXCEPCIONES — PRUEBA DEL PAGO DE IMPUESTOS — IMPUESTOS A LOS CAPITALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS. — TIEMPO PARA EL PAGO

1. El pago de los impuestos no se demuestra sino con el recibo o certificación expedida por la oficina recaudadora. — 2. El artículo 1º de la Ley 52 de 1920 estableció un gravamen inicial sobre el capital de todas las sociedades, nacionales o extranjeras, que se constituyan en la República. — 3. El establecimiento en el territorio de la República de una sucursal de sociedad extranjera equivale a la creación de una nueva sociedad colombiana. La ley quiere que esa casa sea considerada como tál. Surge por este hecho una nueva persona jurídica con goce pleno de la libertad contractual consagrada en nuestras instituciones y que se beneficia de la protección y garantías que le brinda el Estado. Si el legislador, que redacta siempre en forma general e impersonal sus preceptos, hubiese tenido en mira estatuír un caso de excepción para el pago de tributos en favor de las sociedades extranjeras que establecen sucursales en Colombia, así lo hubiera expresado categóricamente. Tal excepción sería inequitativa. Los extranjeros, que participan al igual de los colombianos de las garantías sociales deben contribuír como éstos al pago de los tributos fijados por el Estado para su sostenimiento y para la prestación eficaz de los servicios públicos. La ley, al imponer el tributo de $ 0.20 por cada $ 100 del capital de las sociedades civiles o comerciales que surjan a la vida jurídica, no hizo diferencia alguna en materia de nacionalidad. Al otorgarse la escritura de asociación debe cancelarse el impuesto si la sociedad es colombiana. Si no lo es — y aquí la ley la consira tál — el pago se hace cuando se acude ante el Notario a verificar la declaración de voluntad que se concreta en la constitución de la sucursal en Colombia; porque mediante ella adquiere la personería jurídica indispensable para ser sujeto de derechos y obligaciones, declaración cuyo registro no es facultativo sino obligatorio, como equivalente en sus consecuencias a la escritura de asociación. El tiempo para el pago de un impuesto de la natualeza del que se contempla no está fijado en la ley, pero su silencio lo suple la jurisprudencia fijando para el caso aquél en que se hace ante Notario la declaración de voluntad por la cual se constituye la sucursal, toda vez que esa declaración equivale exactamente a la escritura de asociación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juzgado departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca profirió el 16 de septiembre de 1938 orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Departamento de Cundinamarca y a cargo de la sociedad llamada Leonard Oil Development Company por la cantidad de $ 183,-190-00 moneda legal, más los intereses de esta suma desde que se causaron hasta cuando se haga el pago. Apelado el mandamiento ejecutivo por la parte ejecutada, el Tribunal Superior de Bogotá lo confir-

mó en providencias de fecha 31 de enero y 23 de febrero de 1939.

Luégo, con fecha 3 de marzo de 1939, el apoderado general y representante de la sociedad ejecutada, propuso las excepciones que llamó de "cosa juzgada, inexistencia de la obligación y consecuencial carencia de acción para cobrarla, y todo hecho que resulte probado dentro del incidente y que demuestre la inexistencia de la obligación o su extinción si alguna vez existió". Tramitado el incidente en debida forma, el Tribunal de Bogotá, en fallo del 7 de noviembre de 1939, declaró no probadas tales excepciones y dispuso continuar la ejecución en la forma como fue decretada. Contra él interpuso apelación el apoderado de la parte ejecutada y en virtud de ella ha venido el expediente a la Corte.

Tramitado el recurso conforme a los presupuestos del artículo 502 del C. J., pasa la Sala a decidirlo.

Cosa juzgada. — La primera excepción propuesta, así denominada, se hace consistir en el hecho de estar ejecutoriada la Resolución número 83 de 29 de marzo de 1938 emanada del órgano ejecutivo, por medio de la cual se declararon cumplidos por la sociedad ejecutada los requisitos legales que exige el artículo 8º de la Ley 37 de 1931; luego está declarado que se cumplió con el requisito de pagar los impuestos; lo contrario implicaría revisar la Resolución número 83 de que se trata.

Se considera:

El inciso 2º del artículo 8º de la Ley 37 de 1931 dice:

"Las Compañías cuyo asiento principal de negocios esté en algún país extranjero, que quieran establecerse en Colombia y celebrar con la Nación o con particulares contratos sobre petróleo, deberán constituír y domiciliar en la cabecera del Circuito de Notaría de Bogotá, aunque no sean colectivas, una casa o sucursal, llenando las formalidades del artículo 470 y de sus concordantes del Código de Comercio, casa que será considerada como colombiana para los efectos nacionales e internacionales, en relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos recaen".

Estos son los requisitos que según la misma disposición corresponde al Gobierno declarar cumplidos por las Compañías extranjeras, previa solicitud de los interesados acompañada de los documentos pertinentes, y a los cuales se refiere la citada Resolución número 83.

El gobierno al expedir esta Resolución no certificó en manera alguna sobre pago de impuestos de la Compañía ejecutada, y si tál hubiese hecho, no habría sido el Ministerio de Industrias y Trabajo sino el de Hacienda el llamado a expedirla. Por lo demás, no se trata de un impuesto nacional sino departamental, y el pago de ellos no se demuestra con resoluciones de esta índole sino con el recibo o certificación expedida por la oficina recaudadora.

No estima la Corte necesario estudiar el punto relativo a si una decisión administrativa puede fundar la excepción de cosa juzgada respecto de un asunto que se debate ante la justicia ordinaria, porque, con los enunciados que preceden aparece de manifiesto cuán improcedente es la excepción que se considera.

Inexistencia de la obligación. — Se basa en varios enunciados de pura exégesis legal, conforme a los cuales el artículo 8º de la Ley 37 de 1931 no exige de las compañías extranjeras el que se constituyan como una nueva sociedad sino el requisito de que se fije un domicilio en el territorio nacional; ahora bien, los gravámenes que se pretende hacer efectivos — el impuesto de registro y anotación, renta de propiedad del Departamento de Cundinamarca — se causan por el hecho de la constitución de las sociedades, y no por el hecho de domiciliarse. Tal gravamen recae sobre el capital con que se constituyen las sociedades, no sobre el establecimiento de una sucursal en el país. Así lo ha establecido el ordinal 1) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920.

Se considera:

La Ley 52 de 1920, reformatoria de la

Ley 56 de 1904 y del Decreto legislativo número 39 de 1905, estatuyó:

"Artículo 1º Por los documentos y actos que deben registrarse conforme a la ley, se cobrará un impuesto denominado derecho de registro, según la tarifa siguiente:

L) Veinte centavos ($ 0.20) por cada cien pesos ($ 100) del capital nominal de las sociedades civiles o de comercio, al otorgarse las escrituras de asociación, y la misma cuota por cada cien pesos ($ 100) del capital que tengan las mismas sociedades al prorrogarse el contrato primitivo".

Esta disposición establece un gravamen inicial sobre el capital de todas las sociedades, nacionales o extranjeras, que se constituyan en la República. Alega el apoderado de la Compañía que el impuesto "recae sobre el capital de las sociedades 'al otorgarse las escrituras de asociación', cosa muy distinta del establecimiento de una sucursal". Se precisa entonces calificar la naturaleza de las sucursales de sociedades extranjeras establecidas en Colombia. En opinión de la Corte, en casos como el que se contempla, el establecimiento en el territorio de la República de una sucursal, equivale a la creación de una nueva sociedad colombiana. La ley quiere que esa casa sea considerada como tál. Surge por este hecho una nueva persona jurídica con goce pleno de la libertad contractual consagrada en nuestras instituciones y que se beneficia de la protección y garantías que le brinda el Estado. Si el legislador, que redacta siempre en forma general e impersonal sus preceptos, hubiese tenido en mira estatuír un caso de excepción para el pago de este tributo en favor de las sociedades extranjeras que establecen sucursales en Colombia, así lo hubiera expresado categóricamente. Una tál excepción, sería inequitativa. Los extranjeros, que participan al igual que los colombianos de las garantías sociales deben contribuír como éstos al pago de los tributos fijados por el Estado para su sostenimiento, y para la prestación eficaz de los servicios públicos.

La ley, al imponer el tributo de $ 0.20 por cada $ 100 del capital de las sociedades civiles o comerciales que surjan a la vida jurídica, no hizo diferencia alguna en materia de nacionalidad. Al otorgarse la escritura de asociación debe cancelarse el impuesto si la sociedad es colombiana. Si no lo es — y aquí la ley la considera tál — el pago se hace cuando se acude ante el Notario a verificar la declaración de voluntad que se concreta en la constitución de la sucursal en Colombia; porque mediante ella adquiere la personería jurídica indispensable para ser sujeto de derechos y obligaciones, declaración cuyo registro no es facultativo sino obligatorio, como equivalente en sus consecuencias a la escritura de asociación.

Las consideraciones que preceden adquieren mayor fuerza si se relacionan con lo preceptuado por la Ley 37 de 1931. En efecto, la Compañía ejecutada al establecerse en el país, ha tenido en mira principalmente, según aparece en los autos, desarrollar actividades vinculadas a la industria del petróleo. Y esta ley exige de las Compañías cuyo asiento principal de negocios esté en algún país extranjero, pero que deseen establecerse en Colombia y celebrar con la Nación o con particulares contratos sobre petróleo, que constituyan con las formalidades de ley una casa o sucursal con carácter estrictamente colombiano, lo que equivale para los efectos jurídicos a la fundación de una sociedad nueva. Y entre aquellas formalidades se cuentan no solamente el cumplimiento de los requisitos de carácter sustantivo de que trata la legislación civil y comercial sino también los que se refieren al sufragio de los tributos exigidos por el Estado.

Afirma el reclamante que "al estudiar detenidamente la Ley 37 de 1931 y especialmente sus artículos 8º y 9º se ve claramente, que toda esta previsión para esclarecer la personería de las Compañías de petróleo en Colombia, se refiere a contratos de petróleo, y en ningún caso a pago de impuestos de registro de sociedades".

Se ha querido interpretar el artículo 8º de la Ley 37 de 1931 en el sentido de que la casa o sucursal que establezcan en Co-

lombia las Compañías extranjeras que deseen celebrar contratos sobre petróleo debe ser mirada como colombiana para los solos efectos de tales contratos.

El texto del artículo dice: "casa que será considerada como colombiana para los efectos nacionales e internacionales, en relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos recaen". La objeción, para el caso del impuesto que se pretende hacer efectivo, no tiene fuerza alguna, porque el tributo se cobra al registrarse la escritura de asociación de las sociedades civiles y de comercio, sean ellas nacionales o extranjeras.

Ni vale tampoco el argumento de que la asociación no se ha verificado en el país, sino que se trata de una importación para negocios en Colombia, de las sumas convenientes para el desarrollo de sus actividades. Contra esta aseveración hecha por el excepcionante aparece en los autos el ejemplar autenticado del Diario Oficial número 23754 en el cual fue pubicada la Resolución ejecutiva número 83 de 1938 en cuyos considerandos se dice: "Que conforme al extracto notarial registrado en la Cámara de Comercio y publicado en el Diario Oficial número 23573, la expresada sociedad (se refiere a la Leonard Oil Development Company), mediante acuerdo de su Junta Directiva, ha creado o establecido una sucursal en Bogotá, la que se regirá por los estatutos de la misma sociedad legalizados en el país y será presidida o gerenciada por el señor Ricardo V. Pinzón....." Por manera que se trata, no de una simple importación de capitales, sino de la constitución de una sucursal o entidad nueva. Y contra la afirmación del excepcionante aparece igualmente la manifestación hecha por el representante de la Leonard, quien en la escritura 1451 que aparece en los autos (C. número 1, fl. 17), dijo: "TERCERO. Agrega el compareciente que en representación de la Leonard Oil Development Company y de conformidad con la autorización contenida en el acuerdo acabado de trascribir, la oficina de dicha sociedad existente actualmente en Bogotá, queda por el presente instrumento constituída en sucursal, con domicilio en esta ciudad de Bogotá, para los efectos del artículo 8º de la Ley 37 de 1931 y para los demás efectos legales a que hubiere lugar en Colombia....."

Observa el señor Procurador que "al fijar el tiempo en que debe pagarse el gravamen no tuvo el legislador en su mente sino las escrituras de asociación otorgadas en Colombia, porque, según se dijo, es éste el medio común y ordinario de establecer una sociedad en el territorio de la República. Olvidó que hay un medio extraordinario de hacer surgir a la vida económica nacional una sociedad extranjera preexistente: la constitución o fundación de sucursal. Ese olvido genera un vacío legal, pero no en cuanto a la obligación misma de pagar el tributo, sino en cuanto al tiempo en que debe pagarse éste, porque sólo para esto último habló el legislador de escrituras de asociación".

La observación del señor Procurador es acertada, y como él mismo lo anota, tal vacío es remediable por la jurisprudencia, fijando como tiempo para el pago, en casos como el que se contempla, aquél en que se hace ante notario la declaración de voluntad por la cual se constituye la sucursal, toda vez que esa declaración equivale exactamente a la escritura de asociación.

Aunque las características especiales del caso en estudio no hacen necesario para fundamentar el presente fallo el parecer expresado recientemente por la Corte respecto a la generalidad de los tributos, sí le parece oportuno a la Sala tenerlo presente para ilustrar su sentencia. Dijo la Corte Plena:

"El principio constitucional de igualdad y garantía, básico de la Constitución colombiana, expresado en el artículo 9º de la Codificación nacional, si es evidente que consagra derechos para todos, también lo es que impone deberes de carácter general. Si es verdad que la Carta Fundamental protege a todas las personas en sus vidas, honra y bienes, también lo es que éstas quedan sometidas al imperio constitucional y legal, sometimiento que en ciertos casos se traduce en imposiciones o gravá-

menes de carácter personal o general, y en otros se afectan los mismos bienes que la Constitución protege, los que se pueden gravar por motivos de conveniencia y necesidad nacionales. Y así como en el régimen de igualdad, serían aberrantes las excepciones que favorecieran o perjudicaran a una parte o grupo de personas residentes en Colombia, también se llegaría a la misma conclusión si se estableciera o decidiera que capitales incorporados en la economía nacional, estuvieran libres, por el solo hecho de ser los dueños o titulares de esos capitales extranjeros no domiciliados en el país". (Acuerdo del 26 de junio de 1940).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 7 de noviembre de 1939, que decidió sobre las excepciones propuestas en el presente juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

AUTOS DE FENECIMIENTO

Los autos de fenecimiento con alcance deben notificarse personalmente al responsable, so pena de que si así no se hiciere, el auto ejecutivo en esas condiciones proferido adolezca de ilegalidad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado).

La Contraloría General de la República feneció las cuentas del señor Régulo García como administrador de Hacienda Nacional de Neiva con alcance de $ 24,681.26 y multa de $ 29.00 a cargo del responsable por providencia número 2335 del 19 de diciembre de 1929, que en copia aparece de autos, la cual fue notificada al responsable en la forma prescrita por el artículo 5º de la Resolución número 85 de 1928 de la misma Contraloría.

Con base en dicho auto de fenecimiento el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y contra el expresado señor García por el monto total del alcance y de la multa correspondientes.

El ejecutado interpuso recurso de apelación al momento de la notificación del mandamiento ejecutivo, recurso que fue declarado desierto por auto del 6 de junio de 1931 dictado por el Ejecutor Fiscal.

Por comisión, el Juzgado 1º del Circuito de Neiva, procedió al embargo de bienes denunciados como de propiedad del ejecutado; y posteriormente verificó las diligencias de secuestro y avalúo.

Los señores Toribio Rivera y Miguel Rivera se constituyeron fiadores solidarios del señor García por escritura pública número 396 otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Neiva el 19 de octubre de 1909 para responder a la Nación del manejo en el cargo citado; los fiadores se comprometieron por la suma de $ 2,500.00 y "a pagar cualquier suma que se le eleve a alcance o exceda o no de la suma fijada como caución".

Con fundamento en esta fianza, el Juez Ejecutor libró mandamiento ejecutivo a favor de la Nación y a cargo de los expresados fiadores del señor Régulo García por la suma de $ 24,681.00 y multa de $ 29.00, y sus complementarios.

A los fiadores señores Toribio Rivera y Miguel Rivera se les notificó el mandamiento de pago, por la Administración de Hacienda Nacional del Huila, comisionada para el efecto. Al momento de la notificación el señor Toribio Rivera Salas, declaró no ser él el obligado. El ejecutado principal, señor García hizo la aclaración de que el verdadero fiador, aunque lleva el mismo nombre del notificado, es el señor Toribio Rivera, padre, quien había fallecido. Con tal motivo, se trajo al expediente copia auténtica de la declaración de herederos del señor general Toribio Rivera, tomada del juicio de sucesión respectivo, y con fundamento en esa providencia el Juzgado Ejecutor, con fecha 30 de abril de 1935, dictó un auto cuya parte sustantiva es del tenor siguiente:

"De conformidad con lo previsto en el artículo 1434 del Código Civil, se resuelve comisionar al señor Juez 1º del Circuito en lo Civil, de Neiva, para que en el término de veinte días, más el de las distancias, se sirva notificarles personalmente a los expresados señores Miguel Wenceslao, Marceliano, José Toribio, Zoilo Roso, María Josefa y Julia Rivera Salas; a María Gertrudis, María Sofía, María Luisa y

Jesús Alberto Rivera García; y a Pedro y Olegario Rivera Rivera, los títulos ejecutivos, fundamento de este juicio, que lo constituyen: a) El auto de fenecimiento número 2335 de 19 de diciembre de 1929, dictado por la Contraloría General de la República, al estudiar las cuentas de la Administración de Hacienda Nacional de Neiva, relativas al año de 1910, por medio del cual se dedujo alcance de $ 24,681.26 y se impuso multa de $ 29.00 a cargo del responsable señor REGULO GARCIA; y b) El auto número 41 de 27 de noviembre de 1930, proferido por el mismo Departamento de Contraloría, por medio del cual se declaró ejecutoriada la referida providencia número 2335, ya citada".

El Juzgado 2º del Circuito de Neiva cumplió la comisión de notificar las citadas providencias a los herederos del señor general Toribio Rivera.

La Contraloría General de la República, en providencia número 535 del 26 de junio de 1937, redujo el alcance deducido al señor Régulo García. La parte resolutiva de dicha providencia dice así: "A mérito de lo expuesto, refórmase el auto número 2335 de 19 de diciembre de 1929, proferido en esta cuenta, en el sentido de reducir el alcance a la suma de $ 10,877.23 en contra del responsable señor Régulo García. Déjanse asímismo vigentes las multas impuestas por la extinguida Corte del ramo por valor de $ 29.00".

El doctor Ignacio Mariño Ariza, como apoderado reconocido en este juicio, de los ejecutados, propuso excepciones perentorias en tiempo oportuno, de las cuales conoce la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Tramitado en forma legal el incidente, se procede a decidirlo.

Excepciones propuestas. — Ineficacia del título ejecutivo y prescripción extintiva de la acción ejecutiva.

Ineficacia del título ejecutivo.—El excepcionante funda esta excepción en el hecho de que el auto de fenecimiento de fecha 19 de diciembre de 1929, pronunciado por la Contraloría General de la República, con alcance de $ 24,681.26 y multa de $ 29.00, a cargo del responsable señor Régulo García, en su condición de ex-Administrador de Hacienda Nacional de Neiva, fue notificado a dicho responsable por medio de edicto, y no personalmente según lo dispuesto en el artículo 1º de la Resolución número 86 de 1928, emanada de la misma Contraloría.

Sobre la ausencia de notificación personal de los autos de fenecimiento con alcance emanados de la Contraloría General de la República en los juicios de cuentas, la Corte Suprema de Justicia tiene sentada la siguiente doctrina:

"Como consecuencia de no estar notificadas en debida forma las providencias que constituyen el recaudo, el cobro coactivo se adelanta sin que la obligación que establecen aquéllas haya nacido legalmente para el responsable, porque al faltarles el requisito esencial de la notificación correspondiente, carecen de firmeza, no son definitivos y no tienen por tanto, entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución".

Aparece de autos que la providencia número 2335 de de 19 de diciembre de 1929 y que sirve de base para el presente recaudo ejecutivo, no fue notificada personalmente. Una notificación en cualquier otra forma resulta nula, porque la residencia del responsable señor Régulo García, no era ignorada. Resalta del expediente que el dicho señor García tiene su residencia en la ciudad de Neiva, pues en esta población se le hicieron con anterioridad, por funcionarios comisionados para el efecto, notificaciones personales de varias providencias relacionadas con el juicio de cuentas por el cual se le ejecuta. El simple hecho de ignorarse la residencia particular de una persona no autoriza para que las notificaciones que se deben hacer personalmente, se hagan en forma distinta. Para poder hacerlas, debe previamente establecerse en el proceso, la circunstancia apuntada, de que se ignora la residencia de la persona a quien se debe hacer la notificación. Sólo así se podrá legalmente proceder a una notificación subsidiaria. De otro modo, quedaría campo abierto a la

mayor inseguridad, y por lo mismo, a las más grandes injusticias. Cabe observar, además, que, según certificación del Contralor General de la República, no hay constancia en el expediente de que se hubiese hecho diligencia alguna para notificar a Régulo García en Neiva o a su apoderado señor José Antonio Rivas en esta ciudad.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al referirse a la primera de las excepciones propuestas, se expresa en estos términos:

"Fúndase la primera excepción en que el título ejecutivo, que al decir del excepcionante es el auto de fenecimiento número 2335 de 19 de diciembre de 1929, pronunciado por la Contraloría General de la República, con alcance de $ 24,681.26 y multa de $ 29.00, a cargo del responsable Régulo García como ex-Administrador de Hacienda Nacional de Neiva, no fue legalmente notificado a dicho responsable, como quiera que la notificación fue hecha por edicto, y no personalmente como a juicio del excepcionante ha debido hacerse.

"El hecho alegado como premisa es cierto, pero hay en la conclusión un error manifiesto, como paso a demostrarlo:

"El título ejecutivo fue inicialmente el mencionado auto de fenecimiento. Con base en él se libró y se intimó la ejecución. Pero, hallándose en curso el juicio ejecutivo, sobrevino nuevo auto de la Contraloría General de la República, por medio del cual se reformó el de fenecimiento con que se inició la ejecución, dejando reducido el alcance a la cantidad de $ 10,877.23. Esta nueva providencia fue dictada en virtud de revisión del juicio de cuentas, pedida por el doctor Ignacio Mariño Ariza como **apoderado del responsable,** y se notificó personalmente a dicho apoderado, todo lo cual aparece de la copia auténtica visible a folios 139 a 160 del cuaderno principal.

"Mediante aquella revisión integral del juicio de cuentas se hizo nuevo y detallado estudio de todo el proceso, llegando a la conclusión de la responsabilidad del ex-Administrador Régulo García, pero tan sólo hasta la suma de $ 10,877.23, a la cual quedó reducida la ejecución que contra él se seguía con base en el primitivo auto de fenecimiento.

"Por manera que aquel primitivo auto vino a quedar sustituído por este último, el cual constituye hoy el verdadero título ejecutivo. Y se dice que el segundo auto sustituyó al primero porque en la revisión del juicio de cuentas fueron nuevamente sometidos a examen todos los elementos del proceso, así favorables como desfavorables al responsable, y sobre la base de tal examen se dictó nuevo auto de fondo. Vale decir, nuevo auto de fenecimiento con alcance numéricamente distinto al del primero.

"La excepción de ineficacia del título ejecutivo por indebida notificación del mismo se dirige, como se ve, contra el primitivo auto de fenecimiento; cuyos efectos jurídico-procesales desaparecieron para dar cabida a los del segundo. Se propone, pues, la excepción contra una providencia que dejó de constituír el título ejecutivo.

"Ahora bien: si es la vulneración del derecho de defensa del responsable lo que en realidad se alega, por no habérsele notificado personalmente el primitivo auto de fenecimiento a efecto de que pudiera hacer uso de los recursos legales, obsérvese que tal derecho pudo ser ampliamente ejercitado desde la notificación personal del auto sustitutivo de aquél al apoderado del responsable, exactamente en la misma medida en que hubiera podido hacerlo respecto del primer fenecimiento. No se perjudicó, por tanto, en lo más mínimo, el derecho de defensa del responsable".

La Corte no comparte la opinión del distinguido funcionario representante del Ministerio Público. El hecho de que la providencia posterior señalada con el número 535 del 26 de julio de 1937, y que revisa la número 2335 del 19 de diciembre de 1929, haya sido notificada en forma legal, no puede sanear el vicio de ilegalidad que afecta el auto ejecutivo dictado por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, contra el señor Régulo García con fecha 10 de marzo de 1931 (Fl. 12 del cuaderno

número 1), ni el que se dictó por el mismo Juzgado contra sus fiadores solidarios el 8 de junio de 1934 (Fl. 99 del mismo cuaderno), vicio proveniente de la ineficacia del título ejecutivo.

Por la circunstancia de haberse reducido el alcance no desaparece la primera providencia que lo declaró. Ella sigue sirviendo de soporte al mandamiento de pago, el cual queda, eso sí, condicionado a la reducción decretada y a las que posteriormente llegaren a decretarse. De entenderse las cosas de otra manera, habría que concluír, para obrar con lógica, que en los casos en que el primitivo alcance no está afectado de ineficacia, el mandamiento de pago pronunciado con base en tal documento, quedaría sin efecto, como si no se hubiese dictado, si con posterioridad, a virtud de la revisión que puede hacer la Contraloría, se reducía el alcance. Y tal conclusión es inaceptable. El mandamiento de pago en la hipótesis contemplada, conservará indiscutible fuerza, por más que al hacerse la liquidación correspondiente, hubiera de tenerse en cuenta aquella reducción. Y es que la providencia que la decreta no sustituye íntegramente a la primera, apenas la modifica o reforma. Pero esa modificación o reforma, conviene repetirlo, no destruye la eficacia del mandamiento de pago. Apenas da base para hacer la rebaja cuando se liquida el crédito.

Para la Sala es incuestionable que un mandamiento de pago viciado por defecto del título ejecutivo, no se sanea por sobrevenir otro título de igual naturaleza (un auto de alcance reformatorio) que sí tiene completa fuerza como instrumento ejecutivo. Ese nuevo título servirá para poder librar un nuevo mandamiento de pago.

Si los mandamientos de pago tienen por fundamento un título que no presta mérito ejecutivo por las razones anteriormente expresadas, la consecuencia procesal que se deduce a la luz de nuestro derecho positivo, es que la ejecución no debe prosperar.

Estando probada la excepción en examen, no hay para qué considerar la de prescripción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo, y dispone, consecuencialmente la cesación del juicio y el desembargo de los bienes trabados.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ALCANCES — AUTO EJECUTIVO

1. Para que un alcance sea líquido y definitivo y preste mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 1059, numeral 1º, de C. J., es necesario que se haya deducido mediante los trámites legales de un juicio de cuentas. — 2. La calificación que, sin reparo alguno de la parte ejecutada, se haga del título ejecutivo en el mandamiento de pago, no impide que esa parte, dentro de la oportunidad legal, haga valer los medios de defensa que conduzcan a desestimar dicho título. Y no importa que la excepción se funde en hecho que el documento-recaudo ostentaba cuando se libró el mandamiento de pago. No debe perderse de vista que el ejecutado tiene dos oportunidades para atacar el título exhibido como recaudo ejecutivo: cuando se le hace saber en la forma legal el mandamiento de pago, en cuya ocasión puede hacer valer el recurso de reposición, y durante todo el término que la ley otorga para proponer excepciones. La ejecutoria del mandamiento de pago no impide volver sobre el título ejecutivo para examinarlo no sólo en su fondo sino también en su forma externa, ostensible.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veincuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado).

En el juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta la Nación contra los señores Abel M. de Irisarri y Joaquín Pablo García S., por alcances deducidos a cargo del primero, como Recaudador de Hacienda Nacional de Cereté, el ejecutado señor García, fiador solidario de aquél, por medio de apoderado, promovió un incidente de excepciones.

Por la cuantía que es de $ 1,660.72, el negocio es de la competencia de esta Superioridad, en donde se ha tramitado en legal forma: estando para su decisión, se procede a ello, previas estas consideraciones.

Excepciones propuestas

Carencia de responsabilidad de parte del señor Joaquín Pablo García S.; ineficacia del instrumento ejecutivo, y exceso en la ejecución contra el señor Joaquín Pablo García S.

El excepcionante funda dichas excepciones en los hechos siguientes (Fl. 43 del cuaderno número 1):

"Primero. El día 13 de octubre de 1925 mi mandante firmó la diligencia de fianza por medio de la cual se aseguró el manejo del señor Irisarri como Recaudador de Hacienda Nacional de la ciudad de Cereté; en esa fecha y durante mucho tiempo posterior, los Recaudadores de Hacienda Nacional no tenían nada que hacer con las 'Cuotas de Denfensa Nacional y Primas de Exención'; no correspondía a ellos el recaudo de las sumas de dinero correspondientes a esos renglones; es más, ni siquiera habían sido ideados esos pagos por el Gobierno. Consecuencialmente, cuando mi mandante firmó la diligencia de fianza, no pudo comprometerse a responder por el manejo de su fiado, en relación con algo que le estaba atribuído por la ley, ya que como he dejado dicho, no existía en nuestra legislación.

"Segundo. El señor Joaquín Pablo García S. se comprometió, pues, como fiador del señor Abel de Irisarri, a responder por

el manejo de este señor, en relación con las atribuciones que en el momento en que fue firmada la fianza, la ley le fijaba al señor Irisarri; si más tarde el Gobierno resolvió que el señor de Irisarri manejara otros fondos, distintos de los que manejaba el día en que se firmó la fianza, lo lógico y legal es que le hubiera exigido otra fianza que garantizara la leal y correcta administración de esas nuevas sumas de dinero.

"Tercero. El documento que se ha tomado como base de ejecución, en mi concepto no es un alcance líquido y definitivo deducido por "el Departamento de Contraloría" o por otro "Tribunal de Cuentas Nacionales".

"Cuarto. En la diligencia de fianza, que lleva fecha 13 de octubre de 1925 y que fue firmada por ante el señor alcalde de Cereté, se lee que el señor Irisarri "presentó como fiador al señor Joaquín Pablo García S., por la cantidad de un mil pesos oro legal". Consiguientemente, si alguna responsabilidad tuviera mi mandante en relación con el manejo del señor Irisarri, ella tendría que limitarse a la cantidad de un mil pesos oro, ya que en el contrato que contiene la diligencia de fianza, de una manera expresa se estableció que su responsabilidad solamente podría llegar hasta los mil pesos".

Sobre el hecho tercero que acaba de trascribirse, observa la Corte lo siguiente:

Aparece de autos que el fundamento de la presente ejecución es una copia del oficio número 1605 de fecha 11 de enero de 1932 que la Auditoría Seccional de Bolívar dirigió a la Administración de Hacienda Nacional del mismo Departamento, en que comunica que al señor Abel M. de Irisarri, en carácter de Recaudador de Hacienda Nacional del municipio de Cereté, se le había deducido un alcance de $ 1660.72 (Fl. 2 del cuaderno número 1).

Este oficio no reúne las características de un verdadero auto de fenecimiento, el cual ha debido ser dictado por la autoridad competente, con las formalidades legales y debidamente notificado al responsable. Para que un alcance sea líquido y definitivo y preste mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 1059 — numeral 1º — del Código Judicial, es necesario que se haya deducido mediante los trámites legales de un juicio de cuentas.

La citada copia está muy lejos de reunir las condiciones de fondo y de forma requeridas por la ley para que sirva de base a una ejecución.

Por tanto, el hecho exceptivo que el ejecutado señor García alegó en tiempo oportuno en el presente juicio, resulta probado, y en consecuencia, fundada la excepción que denominó "ineficacia del instrumento ejecutivo".

Dice el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"El mérito ejecutivo del documento que sirvió de base a la ejecución ya fue calificado sin reparo ni recurso alguno de la parte ejecutada contra el mandamiento de pago. No dice el excepcionante por qué razón dicho documento "no es un alcance líquido y definitivo deducido por el Departamento de Contraloría o por otro Tribunal de Cuentas Nacionales". Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el ataque dirigido al documento por medio de excepción no se funda en hecho que no hubiera sido ostensible en él al tiempo en que se le aceptó como título ejecutivo a consentimiento del ejecutado. La ejecución adquirió firmeza procesal en cuanto no se trate de hechos distintos de las propias condiciones ostensibles del título ejecutivo. Otra cosa sería si se alegaran hechos que no se apreciaron ni podían apreciarse al tiempo de calificar el mérito ejecutivo del documento. Entonces sí sería forzoso admitir su alegación en excepciones".

La Sala se aparta, con pena, del respetable parecer del inteligente funcionario que lleva la voz del Ministerio Público ante la Corte.

La calificación, que sin reparo alguno de la parte ejecutada, se haga del título ejecutivo en el mandamiento de pago, no impide que esa parte, dentro de la oportunidad legal, haga valer los medios de defensa que conduzcan a desestimar di-

cho título. Y no importa que la excepción se funde en hecho que el documento-recaudo ostentaba cuando se libró el mandamiento de pago. No debe perderse de vista que el ejecutado tiene dos oportunidades para atacar el título exhibido como recaudo ejecutivo: cuando se le hace saber en la forma legal, el mandamiento de pago, en cuya ocasión puede hacer valer el recurso de reposición; y durante todo el término que la ley otorga para proponer excepciones. Imagínese que el Juez, por ignorancia o descuido, libre mandamiento de pago con base en una copia de escritura pública que no aparece registrada o que exhibe cualquier otro vicio, que la descalifica como instrumento ejecutivo, y supóngase que el ejecutado, por inadvertencia, consienta aquel mandamiento, ¿se podría invocar la firmeza procesal de la ejecución para cerrar la puerta a la defensa basada en la excepción de ineficacia del título ejecutivo? De ninguna manera. Aceptar la afirmativa sería desconocer que la ejecutoria del mandamiento de pago no impide volver sobre el título ejecutivo, para examinarlo no sólo en su fondo sino también en su forma externa, ostensible.

En virtud del artículo 344 del Código Judicial, la Sala no se ve obligada a estudiar las demás excpciones propuestas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo propuesta en este juicio, y consecuencialmente dispone que cese la ejecución y que se desembarguen los bienes trabados.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES — AUTENTICACION DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN EL EXTRANJERO — PRUEBA SUPLETORIA DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

1. La autenticación es requisito indispensable cuando se quiere hacer uso ante los tribunales colombianos de instrumentos públicos o de documentos privados extendidos en el extranjero. Si tal requisito deja de cumplirse, el respectivo documento carecerá en juicio de fuerza probatoria.— 2. La prueba supletoria del estado civil sólo es conducente cuando se demuestra la *falta* de la principal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veintiséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El tribunal superior de Bogotá, en auto de fecha 28 de septiembre de 1939, falló el incidente de excepciones dilatorias promovido por el fiscal del referido tribunal en el juicio ordinario que instauraron Martín Afanador y Rosa Rubio contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios.

La parte resolutiva de aquella providencia es del siguiente tenor:

"Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, declara fundada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de los demandantes para intentar esta acción en nombre de la menor Lucy Afanador Rubio y dispone, en consecuencia, que la demanda no puede continuar en cuanto hace referencia a los perjuicios sufridos por dicha menor que se demandaron.

"Declárase no probada esta misma excepción en cuanto se refiere a la personería de los demandantes para cobrar perjuicios por la muerte de su hija Gladys Afanador Rubio y por las lesiones sufridas por doña Rosa Rubio de Afanador.

"Declárase igualmente no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el representante de la entidad demandada.

"Conteste la parte demandada la demanda, en cuanto puede seguir adelante, dentro del término de dos días".

La anterior decisión del tribunal no satisfizo plenamente a ninguna de las partes, por lo cual cada una interpuso apelación ante la Corte. Agotada como está la tramitación de rigor, es llegado el momento de decidir el recurso.

1.—Los fundamentos del auto recurrido

El tribunal sostiene que el demandante Afanador no demostró su capacidad de representar en juicio a la menor Lucy Afanador y que en consecuencia la demanda, en cuanto se refiere a los perjuicios sufridos por dicha menor, no puede continuar su curso. A esta conclusión llega el tribunal después de justipreciar el valor probatorio de los documentos aducidos por los demandantes con el objeto de acreditar su carácter de padres legítimos de Lucy Afanador.

Por lo que hace al derecho que puedan tener los actores para reclamar la indemnización de perjuicios por la muerte de Gladys Afanador, de quien aquéllos también se dicen padres legítimos, en el auto recurrido se considera que semejante cuestión corresponde a la personería sustantiva y que por lo tanto no puede ser objeto de excepción dilatoria.

Finalmente, el tribunal desecha la excepción dilatoria que el fiscal fundamentó en el hecho de que los actores no intentaron, antes de promover este juicio ordinario, la correspondiente reclamación ad-

ministrativa. Y se basa para ello en que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 76 de 1920, la regulación administrativa de la indemnización es una forma extrajudicial de satisfacer la obligación de pagar perjuicios y, por ende, es facultativa para el interesado, como toda forma extrajudicial o amistosa.

2.—Estudio de las excepciones

Los actores piden en la demanda que se condene a la Nación al pago de los perjuicios de orden moral y material que aquéllos dicen haber sufrido como consecuencia del siniestro ferroviario acaecido en el ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, entre las estaciones de Tocaima y La Virginia, el día 6 de abril de 1939, accidente en el cual pereció la menor Gladys Afanador, y sufrieron lesiones la demandante Rosa Rubio y la menor Lucy Afanador.

Persiguen los demandantes, diciéndose padres legítimos de las menores Gladys y Lucy Afanador, no sólo el pago de los perjuicios que a ellos les ocasionó la muerte de la primera, sino también la respectiva indemnización por las lesiones de que resultó víctima la segunda, en cuyo nombre gestiona Martín Afanador. El referido carácter de padres legítimos de las citadas menores lo respaldan en los siguientes elementos probatrios:

a) Certificación del sacerdote que en la iglesia de la Medalla Milagrosa de la ciudad de Nueva York presenció el matrimonio que contrajeron, por los ritos católicos, Martín Afanador y Rosa Rubio, el 7 de julio de 1928; y

b) Partidas de bautizo de las dos niñas Gladys y Lucy Afanador, de las cuales aparece que son hijas legítimas de los demandantes.

Fundándose en que las pruebas antes relacionadas no demuestran plenamente que los actores sean en realidad los padres legítimos de las menores Gladys y Lucy Afanador, y en que antes de este juicio ordinario ha debido promoverse la correspondiente reclamación administrativa, el señor fiscal propuso las excepciones dilatorias de ilegitimidad de la personería e inepta demanda.

La Sala estudiará por separado cada una de esas excepciones, en el orden en que fueron fundamentadas por el señor agente del ministerio público.

I.—Ilegitimidad de la personería de los demandantes

El demandado puede proponer la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería, entre otros casos, cuando el actor trata de gestionar a nombre de otra persona sin acreditar su representación. También puede proponerla cuando los poderes del representante son ilegales o insuficientes.

La referida excepción se traduce casi siempre en una cuestión probatoria que el juzgador debe resolver a la luz de los elementos de convicción que las partes aduzcan como fundamento de sus respectivas pretensiones.

En el caso de autos, el demandado tacha de insuficientes las pruebas que los demandantes han presentado con el objeto de acreditar su calidad de esposos legítimos y, por ende, la representación legal que de dicha calidad se deriva en relación con la niña Lucy Afanador. A este respecto el excepcionante se expresa así:

"El demandante señor Martín Afanador exhibe una atestación que parece no ser el acta misma de matrimonio, expedida por un párroco de una iglesia católica de Nueva York, sin autenticación de ninguna especie. Esto indica claramente que los demandantes señores Martín Afanador y señora Rosa Rubio de Afanador no han demostrado su calidad de esposos legítimos y por lo tanto no han demostrado la representación legal a que pueden tener derecho".

El acta de matrimonio a que hace referencia el excepcionante fue rechazada también por el tribunal en el auto recurrido, fundándose en que no aparecía autenticada de acuerdo con la ley procesal. Con posterioridad a dicho auto los demandantes pidieron el desglose de tal pieza y vol-

vieron a presentarla — ya debidamente autenticada — junto con su alegato ante la Corte. Pero esa posterior autenticación, por haber sido verificada fuera de tiempo, no puede servirle a la Corte para considerar cumplidas las formalidades que sobre el particular echó de menos el tribunal. De tal suerte que el auto recurrido ha de ser revisado con prescindencia de todos aquellos elementos de convicción que no figuraban en el expediente al tiempo de pronunciarse dicha providencia.

La Sala estima que tanto el excepcionante como el tribunal y el señor Procurador delegado aducen razones de orden legal en virtud de las cuales resulta indiscutible la ineficacia probatoria del acta de matrimonio con que los demandantes trataron de acreditar su calidad de esposos legítimos.

En efecto, el artículo 657 del código judicial, modificado por el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, dispone de modo terminante que "los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en país extranjero de que se quiere hacer uso en Colombia, deben estar autenticados por el respectivo Agente Consular o Diplomático de la República, o en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se conforman con la ley del lugar de su otorgamiento".

La autenticación es, pues, requisito indispensable cuando se quiere hacer uso ante los tribunales colombianos de instrumentos públicos o de documentos privados extendidos en el extranjero. Si tal requisito deja de cumplirse, el respectivo documento carecerá en juicio de fuerza probatoria.

Al promover este juicio el demandante Martín Afanador, en su propio nombre y como representante legal de la menor Lucy Afanador, de quien aquél se dice padre legítimo, debía cumplir la exigencia del artículo 231 del código judicial, en cuanto esta disposición establece que "el que pide a nombre de otro está obligado a probar la facultad para representarlo".

Esa facultad quedaba suficientemente probada en el presente caso acreditando en la forma que indica la ley la paternidad legítima de Martín Afanador en relación con la citada menor. Pero las pruebas aducidas al respecto son incompletas, y que sólo se acreditó plenamente el nacimiento de Lucy Afanador, quedando sin la respectiva demostración el matrimonio católico que Martín Afanador asegura haber contraído con Rosa Rubio en la ciudad de Nueva York.

De acuerdo con nuestra legislación civil vigente en la época en que los demandantes dicen haber contraído matrimonio, éste se demostraba con la correspondiente partida de origen eclesiástico, o con la prueba establecida en el país en donde aquel acto fue celebrado, suponiendo que allí rigiera prueba distinta.

El acta de matrimonio que los actores adujeron al efecto, extendida en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, ha debido traerse al juicio debidamente autenticada, de acuerdo con lo que al respecto establece el citado artículo 657 del Código Judicial. Pero los demandantes no se cuidaron de llenar esa formalidad, cuya inobservancia tenía que producir como consecuencia necesaria la ineficacia probatoria de aquel documento.

Queriendo los demandantes compensar las deficiencias del acta referida con que trataron de acreditar su matrimonio, recurrieron entonces a la prueba supletoria del estado civil. Al efecto fueron rendidas en el término de prueba del incidente de excepciones dilatorias, las declaraciones de los señores Campo Elías Herrera y Sarah Duque, quienes afirman haber presenciado en la iglesia de la Medalla Milagrosa de la ciudad de Nueva York el matrimonio que contrajeron Martín Afanador y Rosa Rubio, el día 7 de julio de 1928.

Pero el recurrir a la prueba supletoria de nada podía servir a los demandantes, ya que solamente es dable valerse de ella cuando se demuestre previamente la falta de la prueba principal. Y lo que ocurre en este caso no es que falte la referida prueba principal, sino que ésta carece de un requisito que la ley procesal ha establecido

como indispensable para que produzca en juicio los consiguientes efectos probatorios. A este respecto el tribunal sostuvo con todo acierto, entre otras cosas, lo que sigue:

"Sí existe la prueba principal, no se ha demostrado su falta y, consecuencialmente, no es admisible la prueba supletoria que ha traído la parte actora y que consiste en la demostración del hecho constitutivo del estado civil de casados por medio de las declaraciones de los señores Campo Elías Herrera y Sarah Duque".

Por lo demás, la Sala de Casación de esta misma Corte ha sentado en varios fallos la doctrina de que "la ley admite la prueba supletoria para probar el estado civil de las personas, pero no **ad libitum;** es indispensable que se compruebe la falta de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas, del registro del estado civil". (**Gaceta Judicial,** número 1897, página 135, 2ª)

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que el tribunal procedió de acuerdo con la ley al declarar probada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de los demandantes para reclamar la indemnización de perjuicios en nombre de la menor Lucy Afanador Rubio.

Por lo que hace al derecho que puedan tener los demandantes para obrar como continuadores de la persona de la menor Gladys Afanador Rubio, muerta trágicamente en el referido siniestro, la Sala también acoge la decisión del tribunal en el sentido de que por tratarse de una cuestión directamente relacionada con la personería sustantiva no puede ser objeto de excepción dilatoria.

II.—Inepta demanda

De conformidad con el artículo 333 del Código Judicial, la excepción dilatoria de inepta demanda tiene cabida en los casos siguientes:

1º Cuando la que se propone no reúne los requisitos legales.

2º Cuando la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda; y

3º Cuando a la demanda se le da un curso distinto del que le corresponde.

No se ve a cuál de los tres casos anteriormente enumerados pueda corresponder el hecho exceptivo alegado por el señor fiscal como fundamento de la excepción propuesta, esto es, que antes de este juicio ordinario han debido los demandantes promover la correspondiente reclamación administrativa.

El excepcionante trata de obtener la declaración de que la acción instaurada por los demandantes no es actualmente ejercitable, por cuanto en su concepto está pendiente la intervención de las autoridades administrativas. Es decir, que plantea una cuestión de orden sustantivo que por su propia naturaleza está fuera del alcance de la excepción dilatoria. Como de manera expresa lo establece el artículo 328 del Código Judicial, las excepciones dilatorias se refieren al **procedimiento** para suspenderlo o mejorarlo, (subraya la Sala) vale decir, que deben tener por fundamento cuestiones de carácter estrictamente adjetivo, cuya solución no resulte incompatible con lo sustancial de la acción instaurada.

De tal manera que el hecho exceptivo presentado por el excepcionante pondría de manifiesto más bien una petición antes de tiempo, lo que constituiría entonces el fundamento de la respectiva excepción perentoria temporal.

Las razones hasta aquí expuestas son más que suficientes para declarar no probada la excepción dilatoria que bajo la denominación de "inepta demanda" propuso el señor fiscal del tribunal superior de Bogotá.

Con apoyo en las precedentes consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes el auto materia

de esta apelación o sea el que dictó el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá con fecha 28 de septiembre del año próximo pasado, en el juicio ordinario que por perjuicios siguen Martín Afanador y Rosa Rubio contra la Nación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

COADYUVACION EN LOS PLEITOS

La facultad de coadyuvar en una causa debe determinarse de conformidad con los artículos 474 y siguientes del C. J. El mero interés económico no autoriza para la intervención de terceros como coadyuvantes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Eustorgio Sarria, obrando como apoderado de los señores Juan N. Triana Cortés y Alejandro Zea Rocha, pide a la Corte en el anterior memorial que admita la intervención de sus mandantes en el presente juicio posesorio, como coadyuvantes de la parte demandada.

La solicitud se funda en el artículo 233 del Código Judicial.

Alega el doctor Sarria que los señores Triana y Zea Rocha "tienen un interés especial e innegable en el negocio, aprovechándoles o perjudicándoles la sentencia que se pronuncie", ya que están para elevarse a escritura pública los contratos celebrados entre el Ministerio de Minas y Petróleos y los citados señores Zea Rocha y Triana Cortés, sobre exploración y explotación de varias de las minas de metales preciosos a que se refiere este juicio posesorio.

El hecho de que están para elevarse a escritura pública los referidos contratos, lo acredita el memorialista por medio de un certificado expedido por el secretario general del citado ministerio.

Se considera:

De conformidad con el artículo 233 del Código Judicial, "todo aquel a quien conforme a la ley (subraya la Corte) pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

Para determinar cuáles son las personas que "conforme a la ley" pueden resúltar favorecidas o perjudicadas con una sentencia, es preciso recurrir a las disposiciones procedimentales reguladoras de los efectos de la cosa juzgada, especialmente a la del artículo 474 del código judicial, en cuanto se refiere a las relaciones de derecho que producen la identidad jurídica de personas.

Porque es precisamente esa identidad jurídica la que ha servido de base al legislador para extender los efectos de los fallos judiciales aun a las personas que no intervienen en el juicio como litigantes pero que están ligadas con éstos por medio de determinados vínculos jurídicos.

Y esa identidad jurídica es también la que por regla general debe estar en la base misma del interés alegado por quien intente intervenir en un pleito ya iniciado, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa. Puesto que si la sentencia que haya de dictarse abarcará por igual a las partes litigantes y a quienes por virtud de ciertas relaciones de derecho resultan identificados jurídicamente con aquéllas, es apenas natural que la ley procesal establezca la coadyuvancia como una oportunidad que se brinda para que intervengan en el juicio todas las personas que van a derivar provecho o perjuicio del respectivo fallo.

Pero en el caso que se estudia el interés en que se funda el memorialista apenas es un interés de carácter económico, insuficiente por lo mismo para crear entre la Nación y los señores Zea Rocha y Triana Cortés una relación de derecho que los identifique jurídicamente. Dichos se-

ñores alegan, en efecto, que la efectividad de los referidos contratos depende necesariamente de que este juicio posesorio termine con un fallo adverso a las pretensiones del demandante. Es decir, que fundan la solicitud de coadyuvancia en un efecto reflejo de la sentencia que no está previsto por la ley procesal, lo que tiene que producir como consecuencia necesaria la improcedencia de tal solicitud.

Finalmente, cabe advertir que no sólo el artículo 474 del código judicial sirve para sentar las bases generales de la intervención de terceros en los juicios, sino también las disposiciones de los artículos 475, 476, 477 y 478 de la misma obra. A lo cual es preciso agregar los casos contemplados por la jurisprudencia. Pero es indiscutible que ni la ley procesal ni la jurisprudencia aceptan aquella intervención sobre la base de un simple interés económico.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, se declara inadmisible la solicitud de coadyuvancia formulada por el apoderado de los señores Juan N. Triana Cortés y Alejandro Zea Rocha.

Cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

RECURSO DE REPOSICION — INTERVENCION DE TERCEROS EN EL JUICIO — INTERVENCION VOLUNTARIA ADHESIVA E INTERVENCION PRINCIPAL

1. De acuerdo con los términos del artículo 233 del Código Judicial, un mero interés económico no es bastante a fundar el derecho de intervención previsto en el artículo; se requiere la comprobación de un verdadero interés jurídico, resultante de que la sentencia aproveche o perjudique, en el sentido de la ley, a la persona que trata de participar en determinado debate judicial, como coadyuvante en la defensa del actor o del demandado. — 2. El derecho consagrado por el artículo 233 puede llamarse con Chivenda *intervención voluntaria adhesiva*. En la legislación italiana existe además la llamada intervención *principal*, no prevista en nuestro código, y que consiste en hacer valer frente a las dos partes contendientes en el juicio, un derecho propio del interviniente e incompatible con la pretención deducida en litigio por el actor.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Para resolver el recurso de reposición contra el auto de fecha 27 de agosto último, se considera:

Por ese auto declaróse inadmisible la pretensión del recurrente, de que tiene derecho a intervenir en el juicio, y especialmente en la secuela del recurso de apelación contra el fallo con que el inferior decidió en primera instancia la acción posesoria de que trata el juicio, en calidad de coadyuvante de la parte demandada, que es la nación.

Vistas las alegaciones expuestas en el precedente memorial para impugnar el auto reclamado, se reitera la doctrina en él sustentada, porque lo alegado no sirve para cambiarla.

Tal doctrina dice que de acuerdo con los términos del artículo 233 del código judicial, un mero interés económico no es bastante a fundar el derecho de intervención, previsto en el artículo; se requiere la comprobación de un verdadero interés jurídico, resultante de que la sentencia aproveche o perjudique, en el sentido de la ley, a la persona que trata de participar en determinado debate judicial, como coadyuvante en la defensa del actor o del demandado.

El memorial a que este auto se refiere, sirve pero para acentuar aún más la convicción de la Corte, acerca de la verdad de la anterior teoría.

En realidad el derecho consagrado por el artículo 233 puede llamarse con Chiovenda **intervención voluntaria adhesiva.** Este autor expone los principios generales a que obedece en la legislación italiana la susodicha intervención; pero en Colombia la doctrina del ilustre autor italiano no es adaptable sino en cuanto lo permita la precitada disposición procesal.

En Italia la reglamentación legal permite darle a la institución de la intervención voluntaria de terceros en el juicio, la extensión que le da Chiovenda en los conceptos de este autor, que trascribe el memorialista y a que la Sala de Casación civil también se refirió, pero incidentalmente, en la sentencia de casación de 29 de marzo de 1938, publicada en el número 1934 de la **Gaceta Judicial,** también citada en apoyo de su tesis por el mismo recurrente.

El artículo 201 del código italiano, en que Chiovenda funda sus comentarios dice así: "Cualquiera que tenga interés en un pleito puede intervenir en él".

De esta disposición deduce aquel tratadista que hay dos clases de intervención: la que él llama voluntaria estudiada en el párrafo a que se refiere la sentencia de casación preindicada; y la principal, no prevista en nuestro código y que consiste en hacer valer frente a las dos partes contendientes en el juicio, un derecho propio del interviniente e incompatible con la pretensión deducida en litigio por el actor. Sobre esta segunda clase de intervención versa esencialmente el artículo 201; y si de esta disposición se saca apoyo para deducir la intervención voluntaria o adhesiva, ha sido más bien por vía jurisprudencial y en acatamiento a la tradición.

En cambio nuestro artículo 233, completamente diferente del italiano dice así: "Todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa.

"Si alguno se opone a la intervención, se sustancia el incidente como articulación, debiéndose condenar en perjuicios y costas al que resulte vencido".

Este artículo reproduce sin alteración el 863 del antiguo código procesal, cuya interpretación por la jurisprudencia colombiana siempre fue unánime en el siguiente sentido, según los párrafos que se copian tomados de la resolución de 2 de abril de 1925 de esta misma Sala, publicada en la Gaceta Judicial, tomo 31, página 240:

"Según la disposición transcrita, para admitir la intervención del tercero, es necesario que demuestre su interés en el litigio, pero un interés tal que de la sentencia que se dicte se siga perjuicio o provecho para él.

"Cuándo una sentencia puede perjudicar o aprovechar a personas que no han litigado en el juicio en que se pronuncia? Pues en los casos que la ley ha señalado, y esos casos son los indicados en los artículos 847 a 857, que por cierto constituyen excepciones al principio de legislación universal consagrado en el 846, ibídem, de que 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.

"Esta doctrina fue expuesta por la Corte en el auto de veinticuatro de septiembre de mil ochocientos noventa y uno (Gaceta Judicial, número 302), y que el tomo 1º de la Jurisprudencia de la Corte Suprema, resume así bajo el número 681:

"No toda persona que crea o estime que las consecuencias de un juicio que se sigue entre otras pueden afectar de algún modo sus intereses, tiene derecho de tomar intervención en él para coadyuvar la causa de alguna de las partes. Este derecho no lo tienen sino aquellos que, por disposición especial de la ley, reciben provecho o perjuicio de la sentencia sin haber sido partes en el juicio".

De acuerdo con lo expuesto hay pues sustancial diferencia entre disponer que cualquier interés da derecho a intervenir en el pleito, y condicionar esa intervención, conforme el artículo 233 a colaborar con el demandante o con el demandado en la defensa o en el ataque de la acción siempre que lo juzgado afecte directamente en pro o en contra, de acuerdo con la ley, al interviniente.

El artículo 233 concede pues un derecho limitado por las proyecciones vinculantes de la sentencia; solamente a quien legalmente aproveche o perjudique la sentencia que se dicte en el juicio puede invocar ese derecho. La cosa juzgada juega así un papel decisivo en punto a deter-

minar la legitimidad de la intervención del tercero.

Como se dijo en el auto reclamado el interés ahora alegado para intervenir en el pleito se funda en un efecto reflejo de la sentencia, el cual no está previsto en la ley procesal.

Por lo relacionado, niégase la reposición del auto de 27 de agosto del año en curso.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la **Gaceta Judicial** esta providencia, a continuación de la citada de 27 de agosto.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SUCURSALES DE CASAS COMERCIALES—SUCURSALES DE CASAS EXPLOTADORAS DE PETROLEOS

XX. Las sucursales de las casas comerciales son simples derivaciones de la casa matriz, conforme a la regla general; pero este principio sufre excepción en lo tocante a la sucursal o casa que deben constituír las empresas extranjeras que quieran establecerse en el país para negociar en petróleos, como se desprende del artículo 8º, inciso 2º, de la ley 37 de 1931. La sucursal de compañía extranjera del tipo común no es considerada como casa colombiana ni para los efectos nacionales ni para los internacionales y puede establecerse sin sujeción al artículo 470 y concordantes del C. Co. Entre una y otra sucursal, la de tipo corriente, que es simple derivación de la principal, y la que se constituye conforme al artículo citado, hay, pues, marcada diferencia que hace aparecer a la última con fisonomía propia, fisosonomía colombiana y que la presenta como persona que surge a la vida económica de Colombia, poniendo en movimiento determinado capital. Cuando una compañía extranjera que se propone negociar en petróleos en el país constituye una sucursal con ese fin, se crea otra entidad nueva, una entidad que surge a la vida por medio de declaración expresa que hace esa compañía extranjera de quedar constituída como colombiana la nueva casa. Desde el punto de vista interno, o sea de las relaciones entre las dos entidades, casa principal extranjera y su sucursal en Colombia podrán estimarse como una sola individualidad jurídica; pero para los efectos de las relaciones de esa sucursal con el Estado o con terceros, habrá de tenérsele indefectiblemente como una entidad independiente, con personería propia, sujeta a ser concursada, si llegare el caso, conforme a las leyes del país.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

Con base en la resolución número 35 de 28 de abril de mil novecientos treinta y ocho, de la Sindicatura General de los establecimientos de beneficencia de Cundimarca, el Juzgado de Ejecuciones Fiscales del departamento del mismo nombre libró orden de pago por la vía ejecutiva a cargo de la Texas Petroleum Company y a favor del citado departamento, por la cantidad de $ 3,660.80 m. l., más los intereses hasta que se haga el pago. En tiempo oportuno el apoderado de la sociedad demandada hizo valer hechos exceptivos encaminados a demostrar la inexistencia de la obligación, excepción que el tribunal superior de Bogotá declaró no probada en sentencia que lleva fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939), contra la cual interpuso apelación ante la Corte la parte ejecutada.

Tramitado legalmente el recurso en esta Sala, se procede a resolverlo mediante las consideraciones siguientes:

La Texas Petroleum Company, sociedad anónima constituída de acuerdo con las leyes del Estado de New Jersey, en los Estados Unidos de América, por medio de su apoderado doctor Bernardo J. Caicedo, dio cumplimiento al inciso 2º del artículo 8º de la Ley 37 de 1931, constituyendo una su-

cursal o casa con domicilio en Bogotá, la cual, según reza la escritura de constitución número 2133 de 25 de noviembre de 1936 de la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá, se gobernará por los mismos estatutos de la Texas Petroleum Company, protocolizados en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, por escritura pública número 1689 de 9 de diciembre de 1926.

En esta declaración de voluntad de la Compañía excepcionante tomó pie la Resolución número 35 arriba citada para ordenar que se le cobre "la cantidad de $ 3,663.80 moneda corriente colombiana, por valor del impuesto de registro y anotación no pagado, sobre la constitución de dicha Compañía, con capital de 1.000,000 de dólares americanos, o sean un millón ochocientos treinta y un mil novecientos pesos ($ 1.831,900.00) moneda corriente colombiana, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 52 de 1920".

Se estimó, por lo visto, que con aquella declaración de voluntad se creaba o constituía una nueva entidad, y se le aplicó el numeral 1) de la tarifa que trae el artículo 1º de la Ley 52 de 1920, numeral que es del siguiente tenor:

"1) Veinte centavos ($ 0.20) por cada cien pesos ($ 100.00) del capital nominal de las sociedades civiles o de comercio, al otorgarse las escrituras de asociación, y la misma cuota por cada cien pesos ($ 100.00) del capital que tengan las mismas sociedades al prorrogarse el contrato primitivo".

El señor Personero de la Compañía demandada sostiene que en el caso en examen no se trata de una entidad nueva, sino de una simple declaración que paga el impuesto conforme al numeral ñ) de la tarifa a que se hizo referencia, que dice:

"ñ) Un peso por toda certificación, aclaración o declaraciones que se otorguen ante notario".

Como lo observa el abogado opositor, la controversia gira sobre si la Texas ha debido pagar, por la constitución de la sucursal colombiana, según la tasa de la letra ñ) o según la tasa de la letra l) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920.

Precisa, para resolver el punto debatido, examinar si con la casa o sucursal que una compañía como la excepcionante debe constituír en Bogotá, se da nacimiento a un ente jurídico nuevo, el que tiene la categoría de casa colombiana, y goza, por lo mismo, de todas las prerrogativas que le da ese carácter.

Para la Sala es indudable que, en tesis general, y a la luz de los principios mercantiles, la sucursal es dependiente de la casa principal, simple derivación de ella, de la que recibe órdenes. La casa principal o matriz es un órgano principal, y la sucursal, meramente auxiliar; ambas obran bajo un mismo plan, pero la dirección la imprime la casa principal.

Partiendo de ese concepto, de que las sucursales son simples derivaciones de la casa matriz, se ha llegado por los funcionarios administrativos a la conclusión de que no pueden considerarse como empresas distintas para los efectos del seguro obligatorio en favor de sus empleados. De ahí que "para la formación y el cómputo de la nómina de salarios o sueldos de las empresas que tengan establecidas diversas sucursales o agencias en el país, deben sumarse todos los sueldos de los empleados de éstas y de los de la casa principal, con el objeto de averiguar si el monto total de dicha nómina es o excede de mil pesos mensuales". (Resolución del Ministerio de Industrias de 19 de mayo de 1924, citada por el doctor M. Moreno Jaramillo, en su libro "Sociedades", tomo 2º)

Las sucursales o filiales, en sentir de Neinsheimer, en cuanto realizan negocios u operaciones lo mismo que la matriz, y atendiendo únicamente a su actividad mercantil, "podrían considerarse como empresas independientes, aun cuando con referencia a la totalidad de la explotación, sólo tengan la condición de miembros o eslabones de la organización general".

Pero lo que se predica de las sucursales en tesis general, sufre excepción en la legislación colombiana, en lo tocante a la sucursal o casa que deben constituír las empresas extranjeras que quieran establecerse en el país para negociar en petró-

leos, como se desprende del artículo 8º, inciso 2º, de la Ley 37 de 1931, que reza: "Las Compañías cuyo asiento principal de negocios esté en algún país extranjero, que quieran establecerse en Colombia y celebrar con la Nación o con particulares contratos sobre petróleo, deberán constituír y domiciliar en la cabecera del Circuito de Notaría de Bogotá, aunque no sean colectivas, una casa o sucursal, llenando las formalidades del artículo 470 y de sus concordantes del Código de Comercio, casa que será considerada como colombiana para los efectos nacionales e internacionales, en relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos recaen".

A la luz del precepto copiado, con el que quiso el legislador "nacionalizar en forma práctica y de acuerdo con nuestra legislación, a las compañías explotadoras de petróleos", la sucursal de que aquí se habla surge a la vida económico-jurídica en Colombia como entidad colombiana, vale decir, con personería propia, como sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. La sucursal de compañía extranjera del tipo común no es considerada casa colombiana ni para los efectos nacionales ni para los internacionales, y puede establecerse sin sujección al artículo 470 y concordantes del Código de Comercio. Entre una y otra sucursal, la de tipo corriente, la que es simple derivación de la principal, y la que se constituye con arreglo al citado artículo 8º de la Ley 37 de 1931, hay, pues, marcada diferencia, que hace destacar a la última con fisonomía propia, fisonomía colombiana, y que la presenta — según acertado decir del señor Procurador Delegado en lo Civil—"como persona que surge a la vida económica de Colombia, poniendo en movimiento determinado capital; que participa, al igual que todos los colombianos, de la protección del Estado, y que disfruta, o puede disfrutar, de los servicios públicos". Ahora bien, si toda sociedad que surge a la vida económica de Colombia en virtud de un acto jurídico que debe registrarse está sujeta al gravamen que en el presente caso es materia del cobro por jurisdicción c ctiva, conclúyese rectamente que la sociedad demandada, que se constituyó como casa colombiana por escritura pública número 2133 arriba citada, sujeta al registro, debe pagar el impuesto de 20 centavos por cada $ 100.00 de su capital conforme a la tasa de la letra l) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920.

En reciente fallo dijo esta Sala:

"Si el legislador que redacta siempre en forma general e impersonal sus preceptos, hubiese tenido en mira estatuír un caso de excepción para el pago de este tributo en favor de las sociedades extranjeras que establecen sucursales en Colombia, así lo hubiera expresado categóricamente. Una tal excepción sería inequitativa. Los extranjeros que participan al igual que los colombianos de las garantías sociales deben contribuír como éstos al pago de los tributos fijados por el Estado para su sostenimiento, y para la prestación eficaz de los servicios públicos".

Sostiene el excepcionante que lo que sirve de base para pagar el impuesto fijado por la letra l) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920 es el aporte de un capital a determinada asociación, dentro del país, en el momento de constituirla, y redondea el razonamiento de esta manera: "es así que cuando se constituye una sucursal no es necesario aportar nuevo capital, ni de hecho se aportó en el caso de la Texas; luego la tarifa del ordinal 1) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920, es inaplicable".

Y continúa: "Es verdad que cuando se constituye una sucursal de sociedades mercantiles o civiles, no se crea entidad nueva, sino que apenas se prolonga la personalidad de aquélla, aplicándose sus actividades a nuevos negocios en distintos lugares. Con mayor razón para constituír la sucursal no se necesita hacer nuevos aportes ni otorgar otra escritura de sociedad.

"Respecto de las extranjeras dice el eminente expositor de derecho internacional privado doctor Restrepo Hernández: 'Debemos advertir que una sociedad debe incorporarse cuando abre sucursales

cuando establece residencia con negocios varios o alguno permanente, no cuando sus actos son fugitivos, ocasionales, o transitorios. La incorporación no produce una nueva persona jurídica".

La Sala considera: procede el cobro del impuesto de que se trata, desde que se registra la escritura de constitución de la sucursal. No es indispensable el aporte material, tangible, de un capital a la nueva entidad que se va a constituir; basta que la compañía extranjera declare el capital con que va a trabajar en Colombia la nueva casa, la que tiene la condición de colombiana para los efectos que señala la ley. Y es que con ese capital así declarado, la nueva entidad responde de todas las obligaciones que contraiga en el país en su condición ya dicha de casa colombiana.

Cuando una compañía extranjera que se propone negociar en petróleos en el país, constituye una sucursal con esa finalidad, sí se crea, conviene repetirlo, otra entidad nueva, una entidad que surge a la vida por medio de declaración expresa que hace esa compañía extranjera de quedar constituída como colombiana la nueva casa. Desde el punto de vista interno, o sea de las relaciones entre las dos entidades, casa principal extranjera y su sucursal en Colombia, podrán estimarse como que constituyen una sola individualidad jurídica; pero para los efectos de las relaciones de esa sucursal con el Estado o con terceros, habrá de tenérsele indefectiblemente como una entidad independiente, con personería propia, sujeta a ser concursada, si llegare el caso, conforme a las leyes del país.

En lo que respecta a la opinión, muy respetable, del doctor Restrepo Hernández, observa la Sala, que fue rigurosamente exacta antes de expedirse la ley de petróleos. Hoy la compañía cuyo asiento principal de negocios esté en algún país extranjero, que quiera establecerse en Colombia y celebrar con la Nación o con particulares contratos sobre petróleo, no necesita incorporación previa, le basta someterse a las prescripciones del artículo 8º de la ley del petróleo, es decir, constituir en Bogotá la casa o sucursal de que trata esa disposición.

Presenta el excepcionante la hipótesis de que una sociedad colombiana, es decir constituída en Colombia, abre su domicilio principal en Bogotá; que luego establece una sucursal en otra ciudad de Colombia, y que para establecerla, aunque no esté obligada a ello, otorgue escritura pública. Pregunta: estará obligada a pagar nuevamente el impuesto que ya sufragó por la suscripción de su capital? "Claro que nó", responde el mismo excepcionante, y la Sala no vacila en compartir ese parecer; disiente del opositor en el por qué de la negativa. Para la Sala se trata de un impuesto nacional, cuya renta es departamental a virtud de cesión hecha por la Nación a las entidades seccionales. Por consiguiente, una vez satisfecho ese impuesto, que como nacional es "uno y único", ya no habría derecho para cobrarlo por segunda vez.

Pero no está en el mismo caso la Texas Petroleum Company: a ella se le cobra ahora, por primera vez, cuando surge a la vida como casa colombiana.

Dice el excepcionante que el hecho de que una compañía extranjera dedicada a las actividades relacionadas con la industria del petróleo, abra o constituya sucursal colombiana, no depende de su voluntad, sino que la ley ordena esa constitución. El argumento es bastante flaco, pues ¿cómo negar que depende de la voluntad de la compañía extranjera constituir o nó sucursal en Colombia? Si la constituye, eso sí, ha de sujetarse a lo que prescribe la ley del petróleo. De la misma manera que una persona puede vender o nó su casa, pero si resuelve venderla, tiene forzosamente que someterse a la formalidad de la escritura pública y a pagar los impuestos correspondientes.

Otro argumento que ha hecho valer el excepcionante es el de que ya el Gobierno declaró, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 8º de la ley del petróleo, cumplidos por la Texas Petroleum Company los requisitos de que trata esa disposición.

"Una vez obtenido el pase del Gobierno —se dice— ninguna autoridad puede pretender la revisión de lo aprobado por aquél, ni exigir otros requisitos que los que el Gobierno haya tenido a bien exigir". A este respecto observa la Corte: el pago del impuesto no figura entre los requisitos a que ha de referirse el Gobierno conforme al inciso 3º del artículo 8º de la Ley 37 de 1931. En la declaración que hace el Gobierno, conforme a este inciso, no puede quedar incluído lo del pago del impuesto de registro y anotación sencillamente porque el cobro de ese impuesto no le atañe, por la razón expresada arriba.

Dice el Señor Personero del Departamento de Cundinamarca:

"Al decir el doctor Caycedo en aquel acto notarial (se refiere a la escritura Nº 2133 citada): Declaro que la oficina de la Texas Petroleum Company existente en Bogotá, queda CONSTITUIDA como sucursal de dicha Compañía para los efectos del inciso segundo del artículo 8º de la Ley 37 de 1931, el otorgante doctor Caycedo, en nombre de sus representados, hizo algo más que una mera declaración: consagró en ese instrumento público un acto contractual emanado de quien podía obrar en representación de la Compañía, creador de un estado jurídico "nuevo" de la sociedad, fuente y sujeto de derechos y obligaciones dentro del derecho colombiano; acto sin el cual la mentada Compañía no podía ser sujeto de tales derechos y obligaciones y no tenía, por consiguiente, en Colombia, existencia legal.

"Luego, mediante esa 'declaración' el doctor Caycedo no quiso tan solo dejar una simple 'constancia' ante el Notario; su ánimo fue otro, más fecundo, más extenso. Quiso incorporar a nuestra vida jurídica una sociedad que le era extraña, que para nuestras leyes y para nuestros funcionarios públicos era inexistente a partir de la Ley 37 de 1931. Para ello, creó y domicilió en este Circuito la sucursal en cuestión, llenando las formalidades del artículo 470 y de sus concordantes del C. de Co.

"Pero es más. Al hacer aquella declaración el doctor Caycedo, a la vez que constituyó y domicilió la sucursal de la Compañía en Bogotá, creó en el país una casa que, según el precepto citado, 'será considerada como colombiana para los efectos nacionales e internacionales'.

"Por donde se ve la enorme diferencia que hay entre una 'declaración' simple que se otorga a título de mera constancia ante un Notario, y una declaración que entraña un acto contractual, que es, según el art. 1494 del C. C., una fuente clásica de derechos y obligaciones y que, por lo mismo, va encaminada a este fin".

Concluyentes son, en sentir de la Sala, las razones expuestas por el señor Apoderado del Departamento de Cundinamarca, para demostrar que la escritura Nº 2133 de 25 de noviembre de 1936 ya citada y la declaración que en ella se hizo, son actos creadores y no meras atestaciones. De ahí que, correctamente, se la llama escritura de constitución, como que por ella nace o se constituye la nueva casa, a la que se le atribuye nacionalidad colombiana. Esa escritura equivale a la de asociación de que habla la letra ele de la tarifa.

El excepcionante, después de transcribir, en parte, el párrafo ya copiado que comienza: 'Luego mediante esa declaración el doctor Caycedo no quiso tan solo dejar una simple constancia.....' expresa como sigue:

"Absurdo. Y es absurdo porque el argumento envuelve petición de principio. En efecto: acepta el doctor Amaya en su alegato, que yo procedí con poder y facultad bastante de la Texas Pertoleum Company para constituir la sucursal colombiana. Dice por otra parte, como acaba de leerse, que la Compañía no tenía existencia antes de mi declaración. Pero es claro que si no tenía existencia, tampoco podía darme poder, o si me dio poder y procedí a nombre de una entidad inexistente, no hay tal acto de constitución de la Compañía".

En sentir de la Sala en la argumentación rebatida por el doctor Caycedo no existe el vicio que él anota. Bien puede

haber procedido el doctor Caycedo con poder y facultad bastante de la Texas Petroleum Company para constituir la sucursal colombiana, y no existir legalmente esta entidad en Colombia antes de constituída la dicha sucursal. Y es que las compañías extranjeras que aun no se hayan incorporado en el país, sea en la forma ordinaria de incorporación o mediante la constitución de una sucursal en Bogotá con el carácter de casa colombiana si se trata de compañías que se proponen negociar en petróleos, bien pueden otorgar poderes en el lugar en donde están constituídas para que surtan efectos legales en Colombia. Precisamente esos poderes, que en todo caso deben venir con las formalidades legales, pueden tener por objeto la incorporación por alguno de los medios establecidos en nuestra legislación, según que se trata de compañías extranjeras que se proponen establecer negocios permanentes en Colombia o de compañías extranjeras que se propongan celebrar en el país contratos sobre petróleos, con la Nación o con particulares.

Otra de las alegaciones del excepcionante es la de que hay error en considerar que la constitución de la sucursal colombiana cabe para los efectos fiscales dentro de la constitución ordinaria de una sociedad colombiana. Y razona así:

"De ser cierto habría que admitir que las sucursales colombianas de las compañías extranjeras de petróleo, son personas distintas de sus casas principales. Veamos las consecuencias que de ello se sigue:

"Previene el artículo 17 de la Ley 37 de 1931, modificado por el 3º de la Ley 160 de 1936, que 'en ningún caso una sola persona natural o jurídica podrá ejercitar, en forma alguna, derechos de exploración o explotación sobre un total de hectáreas que' sobrepase ciertos límites, explicados por el artículo 1º del Decreto 1694 de 1936, dictado en desarrollo de aquella norma legal.

"Pues bien. El Ministerio del ramo ha decidido en reciente providencia, cuya parte pertinente copiaré en seguida, y aplicando la misma doctrina que acabo de anotar, que los traspasos de concesiones nacionales de petróleo no pueden hacerse a las sucursales colombianas de las compañías extranjeras, como si fueran personas distintas de la casa principal. Dijo, pues, aquel Despacho en resolución del 11 de marzo de 1940:

"Que por el tenor de la escritura de traspaso se deduce que éste ha sido hecho no en beneficio de la sucursal colombiana de la sociedad cesionaria, **la cual obviamente no constituye una persona jurídica distinta de la Compañía principal.**

(**Diario Oficial** número 24340, de abril 16 de 1940, página 221, col. 1ª).

"De modo que la sucursal colombiana de las compañías de petróleo no es una persona distinta de la principal, para ejercer derecho. Pero sí es una persona distinta de la principal para los efectos de pagar un impuesto; desigualdad irritante que resultaría de aplicar la tesis del fallo apelado".

A la anterior argumentación se responde que ya en párrafos anteriores están expresados los fundamentos que la Sala tiene para considerar como nueva entidad la casa que se establece en Bogotá como colombiana. Por lo demás, hoy la Compañía extranjera que aspire a explotar terrenos petrolíferos en el país, debe hacer las gestiones conducentes, por medio de la sucursal o casa colombiana. No habría, pues, lugar a que aquella compañía obtenga directamente o por traspaso un ápice de hectárea más del límite extremo adquirido por la Sucursal.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma el fallo recurrido dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Con costas a cargo de la parte perdidosa.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA. — LIQUIDACION DE FRUTOS, PERJUICIOS, ETC.

1.—La acción consagrada por el artículo 553 del C. J., cuando la liquidación no se acepta, es la de un verdadero juicio en el cual la providencia que hace regulación definitiva no puede salirse de los límites señalados tanto en la demanda como en la oposición a la misma, y las pruebas que se aduzcan deben acreditar la verdad y existencia de los hechos conducentes de la demanda y la respuesta. De tal manera que toda prueba que exceda de lo propuesto en demanda, debe desestimarse en cuanto ella pase de lo pedido por el demandante en su memorial de motivos. La acción del artículo 553 tiene que regirse procesalmente conforme a las reglas generales que exigen llevar el juicio y fallarlo según lo que aparezca demandado y probado, tomando siempre como base las peticiones de la demanda. No es aceptable la opinión de que si la liquidación se rechaza, la regulación se hace sobre todo lo que aparezca probado en el juicio, independientemente de la demanda de liquidación. — 3. Cuando la condenación en el valor de una obligación tenga como fundamento la indemnización de perjuicios, ésta debe hacerse conforme lo manda el artículo 1613 del C. C.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cuarenta.
(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Julio C. Rodríguez demanda a la Nación para que ésta le pague el valor de unos perjuicios conforme a la estimación que hace en su escrito de 22 de julio de 1936 presentado al Tribunal Superior del Distrito de Cartagena.

La acción intentada la fundamenta en los siguientes documentos que acompaña a la demanda:

a).—El título de propiedad expedido a su favor por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena el día 19 de mayo de 1936, en el cual constan las diligencias de remate y adjudicación de los derechos reconocidos al señor Fidel Castilla por sentencia de la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, dictada en el juicio que éste siguió contra la Nación. Según las citadas diligencias de remate y adjudicación aparece el actual demandante como subrogado en los derechos del señor Fidel Castilla.

b).—Copia de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Tribunal Superior de Cartagena y la Sala de Negocios de la Corte, respectivamente, en las cuales se condena a la Nación a pagar al señor Fidel Castilla el valor del terreno que le fue mermado con motivo de los cortes hechos por el Gobierno para las obras de canalización del Dique y el de los pastos y árboles existentes en la superficie cortada.

Con el fallo que puso fin a la primera instancia en este incidente regulador de la indemnización que solicita el señor Rodríguez, el Tribunal de Cartagena negó su aprobación a la liquidación hecha por el actor, y nó accedió a señalar los valores de que trata la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha dos de junio de mil novecientos treinta y dos, por encontrar inconducentes las pruebas aducidas.

Esta decisión fue apelada por el apo-

derado del demandante, y por ello vino el negocio a la Corte, donde ha tenido la tramitación correspondiente hasta ponerlo en estado de recibir sentencia.

La acción escogida por el señor Rodríguez Ll. es la ordenada en el artículo 553 del C. J., según se infiere del escrito de la demanda como de los fundamentos de derecho en que se apoya. Por tanto, a la liquidación motivada acompañó, junto con las copias de las sentencias cuyo cumplimiento se exige, copias de cuatro declaraciones y de una inspección ocular llevadas a efecto durante el juicio seguido por Fidel Castilla contra la Nación, con el fin de acreditar la veracidad de las partidas que el actor señala en su liquidación.

Pero al ser impugnada por la parte demandada la liquidación propuesta, el negocio siguió la tramitación legal correspondiente y durante los términos probatorios se produjeron varias declaraciones y dictámenes periciales para demostrar la superficie de terreno mermado, su valor, el de los pastos y árboles que se encontraban en la zona de terreno cortado, y la estimación del lucro cesante atendido el producido de los árboles y pastos existentes en la superficie desaparecida. Los dictámenes traídos en la segunda instancia fueron motivo de tacha por parte del representante de la Nación, objeción que fue rechazada por la Sala en su providencia de septiembre 25 de 1939.

El doctor Alfredo Rivera, apoderado del demandante en la segunda instancia, sostiene en sus alegatos que la Nación al verificar los cortes en terrenos del señor Castilla no cumplió con la obligación de pagar previamente el terreno al propietario, bien por arreglo directo, o por fijació en juicio de expropiación, y que por la consumación del hecho se condenó a la Nación a pagar a título de perjuicios el valor del terreno mermado y el de los pastos y árboles existentes en él, y que dicho valor comprende el daño emergente y el lucro cesante. También afirma el doctor Rivera que al ser objetada la liquidación la fijación se hace por el fallador en vista de lo alegado y probado, sin tener en consideración la liquidación presentada por el actor, sino las probanzas del expediente.

Además, sostiene el apoderado del demandante que éste liquidó la extensión del terreno sobre una base errada, que no incluyó en ella el valor de los árboles frutales, ni el de los frutos de éstos, y que el error cometido no puede comprometer la indemnización. Finalmente solicita que la regulación se haga acogiendo el dictamen pericial en todas sus partes.

El señor Procurador Delegado en lo Civil en escrito que acompaña al descorrer el traslado, manifiesta su oposición a que la Nación sea condenada por el lucro cesante, argumentando que en este juicio se trata de ejecutar un fallo que no contempla condenación por ese concepto.

Respecto a los puntos de vista del actor, consistentes en que no aprobada una liquidación por el opositor se debe hacer de ella tábula raza y entrar el juzgador a fallar sobre lo que aparezca probado, el señor representante de la Nación los rechaza al decir que la liquidación es el límite del fallo, porque constituye una verdadera demanda en la que se concretan las pretensiones del actor. Que si se reconociera el pago de la extensión sobre una base mayor de lo impetrado por Rodríguez se estaría ante un caso de decisión **ultra petitia.** Además, estima que los dictámenes periciales que señalan una extensión mayor a la prevista en la demanda, no están fundamentados ni explicados suficientemente. En la parte final del escrito de la Procuraduría se solicita que se apruebe la liquidación presentada por el actor en relación con las partidas primera y segunda, y se rechace la que hace referencia al lucro cesante.

La Sala en el particular hace estas observaciones:

El presente negocio tiene por objeto el cumplimiento de la sentencia de la Corte por la cual se condenó a la Nación a pagar al señor Fidel Castilla el valor de un terreno y de los pastos y árboles que en

él existían. Con ese fin el señor Julio C. Rodríguez presentó demanda de liquidación que no fue aprobada, ya que se impugnó oportunamente por la parte demandada, y por consiguiente, el fallador para hacer la regulación debe sujetarse al mandato del artículo 553 del C. J. que ordena al Juez hacer la fijación de acuerdo con lo alegado y probado.

Esta disposición para su correcta aplicación, ha de entenderse de conformidad con los principios generales del procedimiento, según los cuales las sentencias deben dictarse en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes; cuando ello no ocurre, se llega, a veces, a discrepancias inadmisibles entre lo pedido y lo fallado.

Las pretensiones deducidas por las partes se concretan en un juicio en la demanda y en la contestación de la misma, dando lugar a la litis contestatio, y el fallo que le pone fin debe armonizar íntegramente con las solicitudes contenidas en la demanda y en la respuesta correspondiente.

La acción consagrada por el artículo 553 del C. J. cuando la liquidación no se acepta, es la de un verdadero juicio, en el cual la providencia que hace regulación definitiva no puede salirse de los límites señalados tanto en la demanda como en la oposición a la misma, y las pruebas que se aduzcan deben acreditar la verdad y existencia de los hechos conducentes de la demanda y de la respuesta. De tal manera, que toda prueba que exceda de lo propuesto en la demanda, debe desestimarse en cuanto ella pase de lo pedido por el demandante en su memorial de motivos. La acción del artículo 553 tiene que regirse procesalmente conforme a las reglas generales, que exigen llevar el juicio y fallarlo según lo que aparezca demandado y probado, tomando siempre como base las peticiones de la demanda. Es, por tanto, inadmisible la tesis sostenida por la parte demandante de que si la liquidación se rechaza, la regulación se hace sobre todo lo que aparezca probado en el juicio, independientemente de la demanda de liquidación.

Lo anterior está acorde con la doctrina establecida por la Sala en asunto similar, así:

"El fallo que debe dictarse en casos como en el que se cuestiona no puede salirse de la esfera demarcada por el artículo 553 del C. J., según el cual el Juzgador, cuando ha habido impugnación de la liquidación pormenorizada, debe concretarse a estudiar las objeciones para hacer la regulación en vista de lo alegado y probado; pero sin salirse tampoco de los límites fijados por el actor al formular el memorial de motivos" (Gaceta Judicial número 1.949, página 550).

De conformidad con lo anterior, las pruebas y en especial los dictámenes periciales deben ser acogidos en aquellas partes que encuentre el juzgador debidamente fundamentadas y explicadas, que estén dentro de los límites fijados en la demanda de liquidación y que sean pertinentes para demostrar lo alegado por las partes. No es otro el mandato del artículo 721 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la inclusión del lucro cesante en la liquidación que se estudia y que ha sido motivo de especial discusión entre las partes, el señor representante de la parte demandada se opone a que la Nación sea condenada por este concepto, pues no lo considera autorizado por la sentencia de la Corte cuyo cumplimiento se exige.

El fallo referido condena 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 Nacional 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". Es decir, la sentencia limita la obligación a cargo de la Nación al valor del terreno mermado y al de los pastos y árboles existentes en él; da como causa de la obligación la indemnización de esos perjuicios, así limi-

tados, y ordena que los valores sean fijados en la forma legal.

Cuando la condenación en el valor de una obligación tenga como fundamento la indemnización de perjuicios, ésta debe hacerse conforme lo manda el artículo 1613 del C. C. comprendiendo el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Pero el presente juicio tiene por objeto dar cumplimiento a un fallo que expresamente determinó los valores que deben regularse. Es de suponerse que la providencia que se trata de ejecutar consideró que en el valor de los terrenos, árboles y pastos, quedaron incluídos los perjuicios, de todo orden, que sufrió el señor Castilla por los trabajos de canalización realizados por el Gobierno Nacional y que en el total de esos valores quedan comprendidos tanto el daño emergente como el lucro cesante. De manera, pues, que el presente fallo sólo tiene por fin regular los valores que claramente delimitó la sentencia que condenó por perjuicios.

Con fundamento en las anteriores consideraciones se procede a hacer la regulación solicitada por el demandante en este negocio.

En la demanda de liquidación se pide por Rodríguez que la Nación sea condenada a pagar la suma que determina en su memorial, según las diferentes partidas de la liquidación, o la suma que resulte de la estimación que hicieren los peritos, si a ello hubiere lugar.

Las partidas de la liquidación hecha por el demandante son las siguientes:

"Valor de la faja de terreno de dos mil dos metros (2002 m.) con ancho de cinco (5) metros, promedio de las diferentes anchuras, según las varias declaraciones que figuran en el juicio, y según la inspección ocular verificada por el Juzgado 1º de este Circuito en virtud de la comisión que le fue encomendada por el Tribunal Superior de Justicia, lo que da un área de cinco (5) **cabuyas** que avaluada, como así lo hicieron los peritos nombrados al efecto, en doscientos pesos ($ 200) cada cabuya .....$ 1.000.00

Pastos que existían en la faja cortada y cuya extensión total ha sido determinada por testigos y peritos, como consta en autos, calculadas a $ 80.00 (ochenta pesos) cada una.... 400.00

Estimación que hago del daño emergente y lucro cesante, de los pastos existentes en la faja cortada, o sea el producido obtenible en ella que apastando tres animales por cada cabuya y siendo —como hemos visto cinco cabuyas la porción extraída, y a cincuenta centavos ($ 0.50) cada animal, mensualmente, darían un total de siete pesos con cincuenta centavos ($ 7.50) mensuales, y habiéndose verificado el corte desde el mes de noviembre de 1927 y calculando la verificación del pago al terminar el juicio para noviembre del año próximo, serían ciento veinte (120) meses a $ 7.50 c. u. ... 900.00

Dos mil trescientos pesos oro legal .....$ 2.300.00

La primera partida de la liquidación trascrita se relaciona con el valor del terreno mermado. El actor señala la extensión superficiaria en una zona de 2002 metros con ancho de cinco metros, aseveración que concuerda con los dichos de los testigos presenciales y con lo constatado en la inspección ocular, pruebas que se produjeron en el juicio de Castilla contra la Nación y cuyas copias fueron acompañadas a la demanda.

Según esto, la superficie de 2002 metros por 5 metros de ancho es igual a una hectárea y 10 ms.², pero como la extensión superficiaria del terreno guarda es-

trecha relación con el valor del mismo, es indispensable establecer, en primer lugar, si el área anterior sirve de base para hacer la regulación, o se debe tener en cuenta la que resulte demostrada por las pruebas conducentes que obran en autos.

El actual negocio tiene por objeto la ejecución de una sentencia de la Corte en la cual se condena a la Nación a pagar el valor de todo el terreno que fue mermado en propiedades del señor Fidel Castilla en virtud de cortes hechos allí por el Gobierno nacional. El actor determinó esa suma teniendo como fundamento cierta extensión, pero al mismo tiempo dice en su liquidación que si a ello hay lugar, la estimación se haga por medio de peritos. Se debe regular el valor de todo el terreno mermado, y como aparece que el demandante pidió que esa fijación se hiciera de acuerdo con lo que resultara establecido por pruebas periciales, es necesario estudiar qué extensión superficiaria fue la mermada, según las pruebas allegadas, y hacer la regulación de conformidad con lo que aparezca demostrado.

La prueba conducente producida en este juicio para demostrar la superficie de la zona que se cortó en terrenos de Fidel Castilla, es el dictamen pericial de los doctores Humberto Bozzi y Raúl Gómez Reynero (C. número 5, fols. 25 y 28). En efecto, el actor solicitó que por medio de peritos se acreditara la extensión, largo y ancho, de los cortes que verificó la draga de The Foundation Company, por orden del Gobierno Nacional. Para esta diligencia fueron nombrados los peritos antes citados, quienes explican y fundamentan sus dictámenes, ya que para rendirlos se trasladaron al lugar donde se efectuaron dichas obras e inspeccionaron los cortes verificados por los trabajos de canalización, y conforme a sus conocimientos profesionales, midieron el largo y ancho de los terrenos mermados, reduciendo luégo a hectáreas la superficie de terreno según las medidas obtenidas por cada uno de ellos. Conforme al dictamen del doctor Humberto Bozzi la zona mermada es igual a 9 h. mts. 2, y según el del doctor Raúl Gómez Reynero alcanza a 9 h. mts. 2, conceptos que discrepan en una pequeña diferencia de metros cuadrados. Tomando el medio aritmético de las cifras aducidas en cada dictamen se tiene una extensión igual a 9 h. 5738½ mts.^{2} (C. número 5, fol. 31), que es la superficie plenamente acreditada de los terrenos mermados en propiedades del señor Castilla.

Respecto al valor del terreno el señor Procurador Delegado en lo Civil dice lo siguiente: "El actor fijó éste en la suma de $ 200.00 por cabuya. Sin embargo, durante la segunda instancia se acreditó que el precio variaba por hectárea, pero que el límite más equitativo correspondía a esa cantidad. Es el caso, por tanto, de fijar el precio de esa extensión teniendo en cuenta que la hectárea es una extensión de mayor superficie que la cabuya". (C. número 6, página 23).

La Sala encuentra razonable esta apreciación, porque la prueba conducente allegada a los autos es el dictamen pericial rendido en la segunda instancia por los señores Álfredo Araújo Grau e Isaías Bermúdez C. (C. número 7), en el cual se fija a la hectárea un valor de $ 200.00 cada una. Dicho dictamen en este punto está bien fundado y explicado, porque se halla de acuerdo con las demás pruebas que obran en el juicio, como son las declaraciones de los testigos, y se basa en el examen personal de los terrenos, de su ubicación, etc., lo que hace que este avalúo sea plena prueba para demostrar el valor de los terrenos mermados. Siendo la extensión de la zona igual a 9 h. y 5738 mts.^{2} resulta un valor de $ 1.915.67 en total.

En relación al valor de los pastos se hace la misma observación. Como los peritos Araújo y Bermúdez justiprecian la hectárea de pastos en la cantidad de $ 80.00, y para esto tuvieron en cuenta las consideraciones que se analizaron antes, está demostrado que el valor total de esta partida es el de $ 766.26, tomando

como extensión las nueve hectáreas y media de terreno mermado.

El valor y producido de los árboles frutales a que hacen mención tanto el apoderado del demandante, en su alegato, como el dictamen de los señores Araújo Grau y Bermúdez C., no se incluye en la actual regulación, porque esa partida no fue motivo de la demanda de liquidación, como se reconoce por la misma parte demandante.

Es, por tanto, procedente la condenación así:.....por el valor del terreno, $ 1.915.67; por los pastos existentes en esa superficie, $ 766.26.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cartagena, y en su lugar falla:

Fíjese el monto de los perjuicios a que la presente acción se refiere en la cantidad de dos mil seiscientos ochenta y un pesos con noventa y tres centavos ($ 2.681.93) moneda legal, que la Nación pagará al señor Julio C. Rodríguez Ll. al ser notificada esta providencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXHIBICION DE LIBROS.

El artículo 56 del C. Co. habla en general de *liquidación de las sociedades* sin hacer distinción alguna entre si se trata de un juicio cuyo objeto jurídico sea la liquidación de una sociedad o de un proceso en que se discuta si es o no válido el acuerdo que dispuso la liquidación de la misma. Es que la exhibición general de libros, como fuente de información, es tan necesaria en el juicio en que se persigue la liquidación como en aquél en que se la ataca por estimarse que no se ha decretado de acuerdo con los estatutos y las normas pertinentes del Código de Comercio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El apoderado del demandante en este juicio solicitó como prueba la exhibición de todos los libros, documentos, papeles, etc., que integran el archivo de la sociedad en liquidación presunta "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", y señaló al señor Hernando Soto Mazuera como la persona en cuyo poder se encuentran en la actualidad los referidos documentos.

Anexa a la exhibición se pidió además la práctica de una inspección ocular de los mismos instrumentos, destinada a la comprobación de los hechos a que se refiere el memorial de pruebas, con intervención de peritos nombrados en la forma que prescribe la ley.

El señor magistrado sustanciador estimó procedente la solicitud de exhibición, fundándose en que en el presente caso se está en uno de los eventos en que el art. 56 del C. de Comercio faculta a los tribunales para ordenar la exhibición y el reconocimiento general de los libros. En consecuencia, decretó dicha prueba en auto de fecha 25 de junio pasado.

Estando dentro del término legal el señor procurador delegado en lo civil interpuso el recurso de súplica contra la providencia que decretó la referida exhibición y la inspección ocular anexa. Dicho funcionario fundó el recurso en las razones que a continuación se expresan:

a) El presente juicio ordinario no versa sobre liquidación de una sociedad comercial. Tal no es su objeto jurídico. El hecho de que se discuta sobre si es o no válido el acuerdo que dispuso la liquidación no significa en manera alguna que este sea un juicio de liquidación de la sociedad;

b) No se han cumplido las exigencias del artículo 300 del Código Judicial en cuanto prescribe que en la solicitud de exhibición deben aparecer claramente determinados los hechos cuya demostración se persigue, y que el demandante debe acreditar en oportunidad, que la cosa o documento está en poder de la persona de quien se exige.

Se considera:

En el orden en que fueron propuestas por el señor procurador delegado, se procede a resolver las objeciones que dicho funcionario formula en contra del auto recurrido.

1º El artículo 56 del Código de Comercio al establecer los casos en que los tribunales pueden ordenar la exhibición de libros, habla en general de liquidación de las sociedades, sin hacer distinción alguna entre si se trata de un juicio cuyo objeto jurídico sea la liquidación de una sociedad o de un proceso en que se discuta si es o no válido el acuerdo que dispuso la liquidación de la misma. Por con-

siguiente, la separación que pretende establecer el señor procurador delegado entre esas dos clases de juicios, no tiene asidero a la luz del texto claro y expreso del referido artículo 56. Y es que la exhibición general de libros, como fuente fecunda de información, es tan necesaria en el juicio en que se persigue la liquidación como en aquel en que se la ataca por estimarse que no se ha decretado de acuerdo con los estatutos y las normas pertinentes del Código de Comercio.

2º No se puede negar que el memorial en que se ejercita la acción exhibitoria adolece de cierta vaguedad en cuanto a los hechos cuya demostración se persigue; pero ese defecto no alcanza a producir una total oscuridad que impida por completo al juzgador el análisis de la solicitud en busca de su verdadera intención. Así, por ejemplo, el memorialista pone de manifiesto la finalidad que persigue cuando solicita, en el punto c) de su escrito, la exhibición de los libros de accionistas con el objeto de constatar si el señor Hans J. Dryander "figura como accionista y contratista de la obra objeto principal de la sociedad".

En el punto f), para abundar en ejemplos, se pide la constatación del hecho de si el Municipio del Zarzal "compró parte alguna de las acciones suscritas por el contratista de la Empresa".

Las anteriores observaciones demuestran que la imprecisión de que adolece la solicitud de exhibición no es tan absoluta como para considerar desatendido el texto del referido artículo 300 del C. Judicial.

Finalmente, existen varias constancias en el expediente de las cuales se infiere, sin lugar a duda, que los documentos en referencia están actualmente en poder del señor Soto Mazuera.

En efecto, a los folios 76 v. a 77 del cuaderno número 10 aparece una copia debidamente autorizada de la escritura pública número 439 de 5 de junio de 1935, otorgada en la notaría 2ª de Cali, referente a los actos de disolución de la sociedad "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", escritura que en su cláusula tercera contiene una declaración del gerente de dicha sociedad en el sentido de que "la Asamblea General de Accionistas, en reunión verificada el veintiséis (26) de abril último, declaró disuelta la sociedad por pérdida de la mayor parte del capital, y nombró liquidador de ella al señor Hernando Soto M., quien aceptó el cargo".

A los folios 77 v. a 78 del mismo cuaderno, aparece una declaración del propio señor Soto Mazuera, rendida ante el notario 2º de Cali, el día 17 de junio de 1936, declaración en la cual el señor Soto afirma, entre otras cosas, que "fue declarada disuelta la sociedad anónima 'Acueducto Municipal de El Zarzal', y puesta en liquidación nombró liquidador de ella al exponente, quien aceptó el cargo, por pérdida de la mayor parte del capital".

Y por último, al folio 100 del citado cuaderno, aparece la declaración del señor Gonzalo Echeverri, rendida ante el juez municipal del Zarzal el día 27 de septiembre de 1939, declaración en la cual el señor Echeverri, después de relatar algunos hechos referentes a su actuación como gerente de la sociedad "Acueducto Municipal del Zarzal, S. A.", afirma que con posterioridad al acuerdo de liquidación de dicha sociedad "se nombró como liquidador al señor Hernando Soto M., **a quien se le pasaron todos los documentos y comprobantes**". (Subraya la Corte).

De autos aparece, pues, la prueba que induce a sostener que actualmente los libros y documentos en referencia se encuentran en poder del señor Soto Mazuera.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en sala dual, no accede a reponer el auto dictado por el magistrado ponente que ha sido materia de este recurso de súplica.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

PENSIONES CIVILES

Aunque el artículo 4º de la ley 153 de 1938 atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que antes conocía la Corte, sobre el particular ha conceptuado la Sala que tiene jurisdicción para conocer de esos asuntos cuando la demanda ha sido instaurada antes de la vigencia de aquella ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor José Manuel Arrieta Bustillo, por medio de apoderado, en libelo de fecha 5 de septiembre de 1938, demandó a la nación ante el tribunal superior del distrito judicial de Cartagena para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y con citación y audiencia del respectivo agente del ministerio público, se le reconozca una pensión de jubilación de $ 80 moneda corriente, o en subsidio por la cantidad que estime legal el juzgador, en forma mensual y con carácter vitalicio, a cargo del tesoro nacional, por concepto de los servicios que el demandante prestó al Estado durante un período mayor de treinta años.

Corrido el traslado de la demanda al señor fiscal de dicha corporación, este funcionario la contestó dando su asentimiento a la concesión del beneficio impetrado por el actor.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el tribunal pronunció sentencia el día 5 de abril del año en curso, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"En tal virtud este Tribunal Superior, bajo la fórmula administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con su colaborador fiscal, reconoce a favor del señor José Manuel Arrieta Bustillo una pensión de jubilación de cincuenta pesos ($ 50) oro legal, en forma mensual y con carácter vitalicio, a cargo del Tesoro Nacional, la cual se pagará por conducto de la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla, por haberlo solicitado así el apoderado del actor".

"La pensión que por medio de este fallo se reconoce al beneficiario, queda sujeta a la pérdida o suspensión de conformidad con las disposiciones legales".

Como la providencia anterior no fuera apelada por ninguna de las dos partes vino en consulta a la Corte, en donde sometido el negocio a la tramitación correspondiente procede a dictar ya la resolución definitiva.

El señor procurador delegado en lo civil pide a la Corte la confirmación del fallo consultado, pues en su concepto el demandante ha comprobado abundantemente los requisitos exigidos para decretar la pensión materia de este juicio.

Se considera:

Lo primero que debe precisar la Corte es si tiene o no jurisdicción para conocer de negocios como el presente, en atención a que el artículo 4º de la ley 153 de 1938 dispone que "el Consejo de Estado conocerá en lo sucesivo, privativamente y en una sola instancia, de todas las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia, sea en virtud de atribución y por procedimientos especiales o por los trámites ordinarios".

Sobre el particular esta Sala ha con-

ceptuado que tiene jurisdicción para conocer de los referidos negocios cuando la demanda haya sido instaurada con anterioridad a la vigencia de la ley 153 antes citada. (Véanse los fallos publicados en los siguientes números de la Gaceta Judicial: 1945, pág. 786, 1947, pág. 170, y 1949, página 573). Y como este juicio ordinario fue promovido el 5 de septiembre de 1938, es decir, varios meses antes de haber empezado a regir aquel estatuto, resulta entonces que la Corte no ha perdido la jurisdicción para conocer del presente negocio.

El tribunal sentenciador, después de analizar todas las pruebas aducidas por el demandante como fundamento de sus peticiones, sienta la siguiente conclusión que es el argumento capital del fallo consultado:

"Por los documentos de que se ha hecho discriminación en el cuerpo de esta sentencia, está de relieve que el peticionario ha cumplido en exceso los requisitos que la ley 29 de 1905 exige para el goce de una pensión de jubilación, pues las expresadas piezas probatorias han llevado al criterio del juzgador el convencimiento íntimo de que sí desempeñó los cargos por un período de tiempo mayor de treinta años; fue empleado modelo, persona honorable y continúa siéndolo, es elemento pobre y tiene edad avanzada, y por lo tanto le asiste el derecho de gozar la pensión desde la fecha de la presentación de la demanda, o sea desde el 5 de septiembre de 1938".

La Corte estima que la anterior conclusión del tribunal se ajusta estrictamente a la verdad procesal y a las disposiciones legales sobre la materia, como pasa a demostrarse a continuación.

La ley 29 de 1905, sobre reconocimiento de pensiones civiles a cargo del Estado preceptúa en su artículo 2º, lo siguiente:

"Los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años tendrán derecho, como pensión de jubilación, a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido".

El demandante Arrieta ha comprobado, por medio de los certificados que obran a folios 1 v. y 8 del cuaderno principal, el hecho de haber desempeñado cargos públicos por un tiempo mayor de treinta años. De donde se infiere que aparece cumplido el primer requisito exigido por la citada ley 29.

El artículo 3º de la ley en referencia, dice:

"Para gozar de esta gracia deberán comprobar lo siguiente:

"1º Que en los destinos que han desempeñado se han conducido con honradez y consagración;

"2º Que carecen de medios de subsistencia;

"3º Que no han recibido pensión o recompensa ni están en el goce de ella;

"4º Que observan buena conducta;

"5º Que han cumplido sesenta años;

"6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional".

Con el objeto de acreditar el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los incisos 1º, 2º y 4º de la citada ley, el actor adujo las declaraciones de los señores Antonio Martínez, Gilberto Tinoco, Manuel Molinares, Juan Salcedo B. y Manuel Henríquez Núñez (fls. 11 a 15 del mismo cuaderno), de las cuales aparece que en los destinos que ha desempeñado el señor Arrieta se ha conducido con honradez y consagración, que carece de medios de subsistencia y que ha observado y observa buena conducta. Además, presentó varios certificados de funcionarios públicos de los cuales aparece que el señor Arrieta es persona pulcra.

En cuanto al hecho de que el demandante no ha recibido pensión ni recompensa ni está en el goce de ella, obran en el expediente las certificaciones expedidas por el ministerio de hacienda y crédito público (fl. 16 v. id.), y el contralor general de la república (fl. 33 y 33 v. id.). También aparece acreditado que el actor se encuentra a paz y salvo con el tesoro nacional, de acuerdo con el certificado del recaudador de hacienda nacional de Calamar (fl. 25 id.).

Finalmente, queda por constatar si el

señor Arrieta ha cumplido los sesenta años de que habla el inciso 5º de la ley 29 de 1905.

Al efecto figura en el expediente un certificado del cura rector de la parroquia del Carmen, Arquidiócesis de Cartagena, donde se dice que en el archivo de San Juan Nepomuceno no hay constancia del bautismo de José Manuel Arrieta y que la causa de esa deficiencia es probablemente el haber sido destruído casi en su totalidad el archivo de San Juan anterior al año de 1903 (fl. 17 id.).

En vista de que era imposible aducir la partida de bautismo, el señor Arrieta, fundándose en lo preceptuado por el art. 400 del Código Civil, solicitó la práctica de un reconocimiento sobre la persona del demandante, que fue decretado por el juez 4º del circuito de Cartagena. Dicha diligencia se practicó con la intervención de peritos, todos médicos, quienes después de examinar al actor, llegaron a la siguiente conclusión: "Que de acuerdo con el aspecto físico y funcional del examinado, calculan que tiene una edad de sesenta y cinco a setenta años más o menos".

De lo anteriormente relacionado surge la conclusión de que la sentencia consultada es jurídica en todas sus partes.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, y obrando de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, confirma la sentencia dictada en este juicio por el tribunal superior de Cartagena el 5 de abril del año en curso, que ha sido consultada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES

Es innocuo presentar una excepción general consistente en todo hecho que resulte probado de autos, pues en el memorial de excepciones hay obligación, como lo tiene sentado la Corte, de concretar los *hechos* en que se hacen consistir, debido a que el artículo 343 del C. J. es inaplicable al juicio ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La contraloría general de la república, por medio del fenecimiento número 3644 de 12 de noviembre de 1937, dedujo alcance en las cuentas de la contaduría pagadora de la carretera Bolívar-Quibdó, correspondiente al mes de diciembre de 1936, a cargo del señor Alfonso Paredes en su carácter de contador de la citada carretera, por la suma de $ 2,511.56 m. l.

El señor Paredes, por medio de la escritura pública número 1654 de 22 de agosto de 1935, otorgada ante el notario 5º de Medellín, prestó fianza por la cantidad de $ 2,500 m. l. a favor de la nación, dando como su fiador solidario y mancomunado al señor Juan de Dios Paredes e hipotecando éste en garantía de las obligaciones por aquél contraídas, varios inmuebles de su propiedad. Dicha fianza hipotecaria fue constituída por Paredes con el objeto de asegurar su manejo como cajero de la carretera de Quibdó-Bolívar.

Con base en los anteriores documentos, el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la nación y a cargo de los señores Juan de Dios Paredes y Alfonso Paredes por la suma de $ 2,511.00 más los intereses del 12% anual contados desde el día 22 de marzo de 1938, hasta el día del pago, y las costas de la ejecución.

En el mismo auto ejecutivo se decretó el embargo, secuestro y avalúo de los bienes hipotecados por el señor Juan de Dios Paredes.

Dicho señor Paredes presentó en tiempo un memorial de excepciones por lo cual el expediente llegó a la Corte para la sustanciación y fallo del incidente.

Como ya está agotada la tramitación correspondiente, la Sala procede a estudiar las defensas propuestas por el ejecutado.

El señor procurador delegado en lo civil, al descorrer el respectivo traslado, manifestó que se oponía a las excepciones mientras no aparecieran plena y legalmente probadas.

El fiador Paredes propone las excepciones de **petición antes de tiempo y pleito pendiente,** fundándolas en el hecho de que por estar adelantándose ante los jueces de lo penal un juicio contra el deudor principal, por alzamiento de caudales públicos, es indispensable conocer primero lo que en aquel proceso se resuelva "para luégo definir la clase de perjuicios que deban pagarse".

Propone también las excepciones de **error de cuenta, invalidez del instrumento ejecutivo e inepta demanda,** las cuales están basadas en el hecho de que "el auto de fenecimiento que sirve de recaudo ejecutivo, al elevar el alcance líquido, adolece de errores sustanciales que no fue posible hacer valer porque el verdadero responsable estaba preso e indefenso y al fiador no se le hizo notificación de ninguna clase, para que contestara las observacio-

nes, por incapacidad del principal deudor".

Finalmente, alega el ejecutado "la excepción general de que trata el artículo 329 del código citado. Consiste en todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió".

La Sala considera:

El hecho exceptivo alegado como fundamento de las dos primeras excepciones, esto es, la subordinación de este juicio ejecutivo a las resultas del proceso penal, carece en absoluto de asidero en la ley, como pasa a demostrarse.

En efecto, para la prosperidad de la ejecución promovida contra los señores Paredes era más que suficiente tener como base el alcance líquido y definitivo deducido por la contraloría, según lo establece de modo terminante el ordinal 1º del artículo 1059 del código judicial.

Que el señor Alfonso Paredes haya incurrido o no en el delito de alzamiento de caudales públicos, es cuestión absolutamente extraña a este juicio ejecutivo y en relación con la cual no existe constancia alguna en el expediente. No se trata aquí de patentizar su responsabilidad como autor de un delito contra el Erario, sino simplemente de hacer efectivo un crédito a favor de la nación y a cargo del responsable, derivado de sus obligaciones como pagador de la referida carretera.

"Como el responsable Paredes — dice el auto de fenecimiento — no ha satisfecho la glosa ni ha dado explicación alguna que la desvirtúe, se deja vigente y se eleva a alcance su valor".

La anterior observación de la contraloría no envuelve una acusación por alzamiento de caudales públicos, que implique necesariamente la previa intervención de los jueces penales con el objeto de precisar si se cometió o no aquel delito. Se trata apenas del ejercicio de una facultad que el artículo 6º de la ley 42 de 1923 confiere al contralor general para examinar, glosar y fenecer las cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación. Y los créditos que resulten a cargo de los responsables del Erario pueden hacerse efectivos por la vía ejecutiva sin que la respectiva ejecución esté subordinada necesariamente a lo que se decida en el juicio penal que pueda haberse promovido por el manejo delictuoso de los fondos públicos.

Las precedentes consideraciones son más que suficientes para poner de manifiesto que las excepciones de **petición antes de tiempo** y **pleito pendiente** carecen por completo de base legal.

Por lo que hace al fundamento de las excepciones de **error de cuenta, invalidez del instrumento ejecutivo e inepta demanda**, la Sala advierte que el excepcionante no dice en qué consisten los errores sustanciales en que se incurrió en el juicio de cuentas, ni se cuidó de allegar la menor prueba tendiente a ponerlos de relieve. El aserto está huérfano de comprobantes en el expediente. Fuera de que las objeciones que el excepcionante tiene en contra del auto de fenecimiento son de aquellas que por su propia naturaleza deben ser estudiadas y decididas dentro del respectivo juicio de cuentas.

Lo expuesto permite llegar a la conclusión de que tampoco aparecen legalmente fundadas las excepciones de **error de cuenta, invalidez del instrumento ejecutivo e inepta demanda.**

En cuanto a la última defensa del ejecutado, esto es, a la excepción perentoria general planteada por el excepcionante en términos abstractos, la Sala observa que reiteradamente ha sostenido que ese modo de excepcionar es innocuo. En el memorial de excepciones hay obligación de concretar los hechos en que se hacen consistir, debido a que el artículo 343 del código judicial es inaplicable al juicio ejecutivo.

Con apoyo en las precedentes conside-

raciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones que el ejecutado hizo valer en memorial de fecha 4 de junio de 1939.

Las costas son de cargo del ejecutado. Tásense.

Notofíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

GASTOS DEPARTAMENTALES

No se puede pagar un gasto sin que la partida correspondiente se halle incluída en el presupuesto, aun cuando haya sido decretada por ley u ordenanza.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado V.)

La señora Raquel Sánchez de Hernández demandó por la vía ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al Departamento de Bolívar, para que se le condene al pago de la suma de $ 2,376.00, valor de una pensión vitalicia de jubilación decretada por la Ordenanza número 52 de 1925.

Pidió la demandante que hicieran estas declaraciones:

"A) Que el Departamento de Bolívar está obligado a pagarme, tres días después de la ejecutoria del fallo con que finalice la instancia, la suma de **dos mil trescientos setenta y seis pesos** ($ 2,376.00) en concepto de jubilación como maestra de escuela, correspondiente a las vigencias fiscales de 1º de julio de 1933 a 30 de junio de 1939, a razón de $ 33.00 mensuales.

"B) Que el Departamento de Bolívar y en su nombre el gobierno departamental, está obligado a abrir el crédito administrativo correspondiente para pagarme durante la vigencia de 1939 a 1940, las cuotas que vaya devengando en el curso de dicha vigencia a razón de $ 33.00 mensuales.

Como hechos de la demanda se adujeron los siguientes:

"**Primero.** La Asamblea de Bolívar, por medio del artículo 1º de la Ordenanza número 52 de 30 de abril de 1925, decretó a mi favor una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de $ 33.00 mensuales, como un reconocimiento de mis servicios a la enseñanza primaria en un período mayor de veinte años consecutivos.

"**Segundo.** Esta modesta pensión, que apenas me alcanzaba para la subsistencia, se me vino pagando sin interrupción alguna hasta el 30 de junio de 1933, conforme a lo expresamente dispuesto por la Ordenanza número 16 de 5 de mayo de dicho año en su artículo 5º, Departamento de Beneficencia y Recompensas, Cap. V, Jubilaciones.

"**Tercero.** De esta fecha para acá, o sea desde el 1º de julio de 1933 hasta los días que corren, no he logrado el pago de esa modesta pensión, a pesar de la constancia con que he gestionado y de los requerimientos que he hecho a la H. Asamblea y a los funcionarios del gobierno departamental.

"**Cuarto.** En efecto, en abril de 1934, en atención a que no se me había pagado nada en la vigencia que terminó en julio de ese año, me dirigí a la asamblea entonces reunida haciendo el reclamo del caso; esto dio lugar a que los diputados Carrasquilla Devoz y Bermúdez — comisionados por la corporación — rindieran el siguiente informe que fue aprobado en la sesión del 17 del citado abril: "Inclúyese en el presupuesto de la vigencia de 1º de julio de 1934 a 30 de junio de 1935, la suma de $ 396.00 que importan las mensualidades correspondientes a la vigencia que expira el 30 de junio del presente año, así como las mensualidades que tiene asignadas la peticionaria por la Ordenanza número 52 ya citada, y pásese copia de esta resolución a la Comisión de Presupuestos para los efectos legales". Anales de la Asamblea, números 33 y 34 de 17 y 18 de abril de 1934.

"**Quinto.** El 9 de julio del mismo año, en vista de que la asamblea, por incuria o descuido, no cumplió su propio mandato de incluír en el presupuesto las partidas correspondientes a las dos vigencias — 1933 a 1934 y 1934 a 1935—, hice el reclamo del caso a la Gobernación del Departamento por conducto de la Secretaría de Hacienda. Mi solicitud fue resuelta en la forma que expresa el oficio número 5290 de fecha 3 de agosto de 1934, esto es con la **promesa** de abrir el respectivo crédito administrativo después de los **noventa días** de la clausura de la asamblea, la cual tampoco se cumplió.

"**Sexto.** Ante la inutilidad de todas estas gestiones, requerí nuevamente a la asamblea en sus sesiones de 1937 por medio de mi memorial de mayo de ese año; sobre éste, los diputados comisionados, Flórez, Bula y Mogollón, rindieron informe favorable que fue aprobado por la asamblea en su sesión del 15 del citado mes de mayo, pero sin que — como en las ocasiones anteriores — se hubieran llevado a la práctica los buenos propósitos de la corporación legislativa departamental".

Se alegaron como fundamentos de derecho las disposiciones que a continuación se indican: artículo 26 de la Codificación Constitucional, atribución 4ª del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, artículos 1494 y 1626 y siguientes del Código Civil, 734 y concordantes del Código Judicial.

Con audiencia del Fiscal respectivo, el Tribunal en sentencia de 4 de abril de 1940 condenó al Departamento demandado a pagar, tres días después de ejecutoriado el fallo, la suma de $ 2,376.00, valor de las pensiones pendientes desde julio de 1933 hasta julio de 1939 a razón de $ 33 mensuales.

Nada dijo el Tribunal sobre la segunda petición de la demanda.

De conformidad con el artículo 508 del Código Judicial la referida sentencia subió en consulta a esta Superioridad. Tramitada en forma legal, se procede a su decisión final mediante las consideraciones que en seguida se expresan:

La acción incoada se encamina a obtener, como se ha visto, que se condene al Departamento de Bolívar a pagar a la demandante la suma de dinero que se expresa en la demanda, pago que debe hacerse, según los términos de ésta, tres días después del fallo con que finaliza la instancia.

El título aducido como fuente de la obligación que cree tener a su favor la parte actora, es la Ordenanza número 55 de 1925, expedida por la asamblea de Bolívar. Dispónese en el artículo 1º de dicha Ordenanza que "la señora Raquel Sánchez de Hernández, maestra de escuela con grado superior, gozará ad-vitam de una pensión mensual de $ 33.00 oro legal que se le asigna por concepto de jubilación". La Ordenanza de que se trata aparece publicada en el número 4432 de la Gaceta Departamental "Bolívar", que, debidamente autenticada se presentó con el libelo.

Es incuestionable que entre las atribuciones de las asambleas departamentales se encuentra la que las faculta para decretar pensiones de jubilación a maestras de escuela (numeral 4º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913). Pero las asambleas ejercerán esta facultad previa la expedición de la ordenanza básica o reglamentaria y mediante el lleno de las formalidades que en ella se establezcan. Y como en el presente caso no aparece que se hayan llenado tales requisitos, la jubilación decretada en favor de la señora Sánchez de Hernández no pasa de ser una simple gracia.

Para que pueda hacerse la erogación que demanda una disposición ordenanzal como la invocada por la actora, es necesario que se haya hecho la apropiación adecuada en el presupuesto, o que se haya abierto el crédito administrativo correspondiente. Se trata, sin duda, de un acto de los que el derecho público llama **de imperio,** de los que la entidad administrativa, en ejercicio de la soberanía, realiza en forma facultativa. Siendo ello así, y dado el carácter de gracia que tiene la pensión de jubilación que motiva este pleito, el acto que la reconoce ha de estar condicionado a las posibilidades del fisco de-

partamental. Si el gasto que demanda la ordenanza que decreta una jubilación de esa especie no se ha incluído en la ordenanza de apropiaciones, hay que presumir que la omisión obedece a razones de orden fiscal debidamente pesadas y medidas por la asamblea. Hay que pensar, en la hipótesis contemplada, que se ha seguido un orden de prelación en los gastos que demandan los servicios públicos; que algunos más urgentes de la administración han determinado la no inclusión en el presupuesto del gasto de que se trata. De procederse con otro criterio, y dado el crecidísimo número de ordenanzas en que las asambleas decretan gracias, sería inminente el riesgo de llevar a la entidad seccional a una completa bancarrota.

El señor Procurador Delegado en lo Civil ha expresado su parecer así:

"Se observa: Este despacho no ha sido menos benévolo que el Honorable Tribunal de Cartagena cuando se trata de recompensar los servicios prestados a la Educación Pública. Posiblemente uno de los mejores actos de las asambleas departamentales es ese reconocimiento a tan nobles servidores. Pero ante ese hecho protuberante surge una cuestión, que al pasarla por alto, entorpecería la marcha regular de las administraciones seccionales que fundamentan su normalidad fiscal en los respectivos presupuestos, la cual es, de que no pueden hacerse erogaciones si no aparecen incluídas en el presupuesto de gastos. Tan cierto es lo anterior que las asambleas aprueban créditos que después no aparecen en el presupuesto discutido, estudiado y aprobado por esos mismos legisladores departamentales.

"En el Código Fiscal del Departamento de Bolívar existen claras disposiciones sobre el caso que se discute:

"Artículo 120. No puede efectuarse erogación alguna que afecte los haberes del Tesoro, sino está incluída en el presupuesto de gastos de la vigencia".

"Artículo 128. Se considera en suspenso durante el respectivo período fiscal todo gasto autorizado por ordenanzas anteriores para el cual no se hubiere señalado en el presupuesto de gastos la correspondiente partida para atenderlo".

"Según se desprende de la disposición citada, el Departamento de Bolívar, al no pagarle a la señora de Hernández, no niega el derecho que ella tenga sino que suspende momentáneamente una obligación fiscal, un pago corriente de Tesorería. Al no incluírse en el presupuesto dicha partida es porque los regentes del Departamento reconocen la existencia de obligaciones más imperiosas, más inmediatas.

"En el juicio ejecutivo seguido por el señor Alfredo Pumarejo contra el Departamento del Atlántico, esta Procuraduría hizo las siguientes consideraciones, que transcribo en este negocio por considerar que el resultado que se persigue es idéntico en el fondo:

" 'Se contempla en este negocio la siguiente cuestión jurídico-administrativa: es judicial y ejecutivamente exigible una deuda reconocida en ordenanza a cargo del respectivo Departamento, no estando incluída en el presupuesto la partida correspondiente?'

" 'Esa Honorable Sala de Justicia ha resuelto afirmativamente la cuestión, y entiendo que la Procuraduría había sustentado la misma tesis. Pero hoy se permite el suscrito invitaros con toda atención a revisar dicha doctrina, de enorme trascendencia administrativa para las entidades de derecho público, a cuyo efecto someto a vuestro ilustrado criterio las siguientes consideraciones':

" 'No pueden tratarse de una misma manera los actos jurídicos de un particular y los de una entidad administrativa. Estos últimos, por su propia naturaleza, se hallan sujetos a normas especiales de derecho público en orden a la exigibilidad de las obligaciones que de ellos surjan'.

" 'Una de esas normas de derecho público administrativo es: que no se puede pagar un gasto sin que la partida correspondiente se halle incluída en el presupuesto, aun cuando haya sido decretado por ley u ordenanza'.

" 'Si al funcionario respectivo se le exige el pago de un gasto en tales condicio-

nes, contestará con la ley en la mano: no se puede pagar todavía porque no hay partida en el presupuesto'.

" 'Pues bien: si en esas condiciones no se puede exigir extrajuicio el pago de la deuda fiscal, tampoco se podrá hacerlo por orden judicial. La exigibilidad judicial para los efectos del mandamiento de pago de una deuda presupone necesariamente la exigibilidad extrajuicio. Es contra toda lógica jurídica que no pudiéndose pagar fuera de juicio por falta de un requisito legal, pueda exigirse y ordenarse el pago judicialmente. Sería admitir que un juez puede ordenar la violación de una norma reguladora de la administración pública con fuerza obligatoria de ley' "

La Sala encuentra acertadas las conclusiones del señor Representante del Ministerio Público. Y aunque aquí no se trata de una acción ejecutiva, sino de una ordinaria, caben también dichas conclusiones, porque se persigue una misma finalidad: el pago de una suma de dinero, a pesar de no existir apropiación para el caso.

Evidentemente el presupuesto como base de la Hacienda Pública es la ley que regula la vida fiscal del Departamento. Es la norma a seguir por la administración en materia de erogaciones. Si, como ocurre con el Departamento de Bolívar, existe una disposición que prohibe efectuar erogación alguna que afecte los haberes del tesoro, si no está incluída en el presupuesto de gastos de la vigencia, el jefe de la administración no puede ordenar el pago de ninguna obligación a cargo del Departamento, originada de una ordenanza, si respecto de esa obligación no se cumple la formalidad anotada. Y es que la ordenanza en que se reconoce el derecho a una jubilación tiene como complemento obligado el presupuesto. Quien deriva su derecho de una tal ordenanza debe ajustarse estrictamente, para la efectividad de la obligación, a lo que dispone otra ordenanza igualmente merecedora de acatamiento, la que prohibe hacer pagos sin que exista la apropiación presupuestal correspondiente. Cuando el que tiene una obligación a su favor y a cargo del Departamento, se conforma con la expedición de la ordenanza en que se le reconoce su derecho, debe sujetar el ejercicio de éste a la previsión de la ley reguladora de la vida fiscal de la entidad: si en esta ley no aparece la apropiación competente, ha de considerarse en suspenso, durante el respectivo período fiscal, el gasto que demanda la ordenanza de que se trata. A más de ser esa norma de derecho público administrativo, así lo dispone el artículo 128 del Código Fiscal del Departamento de Bolívar.

Sobre el particular, el distinguido publicista doctor Esteban Jaramillo trae lo siguiente en su Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública: "Como ya dijimos, según el artículo 76, original 11º de la Constitución, y el artículo 67 de la reforma del año 10, en el prespuesto no pueden incluírse gastos no decretados por leyes preexistentes, ni computarse ingresos que no se hallen en el mismo caso; pero a la vez se dispone que no puede hacerse erogación del Tesoro ni recaudarse impuesto alguno, cuando uno y otro no figuran en el presupuesto. Sin la Ley preexistente, el presupuesto no puede ser norma jurídica, y sin éste, la ley preexistente carece de aplicación y de sentido práctico. Por esta razón, nosotros llamamos al presupuesto ley complementaria, puesto que es indispensable complemento de las leyes que establecen impuestos y decretan gastos. Bastable emplea el calificativo **Suplementaria**".

Ahora bien, si el que tiene a su favor y a cargo del Departamento una obligación, con título distinto de una ordenanza se presenta ante la justicia provisto de todos los elementos de convicción indispensables para que se condene al Departamento al pago de lo que cree que se le debe, los encargados de impartirla habrán de hacer la condena, aunque no haya apropiación en el presupuesto. Tal ocurriría con el que hiciera valer ante los jueces un contrato de arrendamiento con el Departamento, para el pago de los cánones correspondientes. Quien así se presenta en demanda de justicia no tiene por qué estar

vinculado a la omisión en que se haya incurrido no incluyendo en el presupuesto el gasto que demanda el cumplimiento del contrato que se trata de hacer efectivo.

En consideración a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, revoca el fallo consultado, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con fecha 4 de abril de 1940, y en su lugar absuelve al Departamento de Bolívar de los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

CAJA DE AUXILIOS DE LA POLICIA NACIONAL

1. La Caja de Auxilios de la Policía Nacional, aunque autónoma y dotada de personería jurídica, es una entidad administrativa dependiente del Estado. Por más que tenga patrimonio propio en definitiva pertenece a la Nación. Y aunque tenga personería jurídica no la convierte en persona de derecho privado como para que las cuentas de sus cajeros no puedan ser examinadas y fenecidas por la Contraloría General de la República. — 2. El Director de la Policía, como representante legal de la Caja de Auxilios, puede aceptar las escrituras hipotecarias que se otorguen por los individuos que han de manejar la Caja.

Cote Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por auto de 29 de julio de 1939, la contraloría general de la república feneció la cuenta del pagador de la Caja de Auxilios de la policía nacional, correspondiente al mes de enero del año anterior, con un alcance de $ 595.00, a cargo del responsable señor Carlos Otero Santamaría.

Basado en este alcance y en el contenido de la escritura pública número 2050 de 11 de noviembre de 1936, otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, suscrita por Carlos Otero Santamaría y los esposos Aldo Faccio y María Josefa Rocha de Faccio, el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, libró orden de pagarlo a favor de la nación y en contra de Otero Santamaría, y con acción real hipotecaria sobre los bienes hipotecados por los esposos citados, en la preindicada escritura, para responder del manejo del deudor en el cargo de cajero contador de la Caja de Auxilios de la policía nacional.

Adelantada la ejecución el abogado de los ejecutados propuso un pliego de excepciones perentorias, el cual fue remitido por el juez a esta Corte, en donde el incidente sometióse a la tramitación de rigor, la cual estando agotada, obliga a pronunciar ya el fallo de fondo.

I—Las excepciones

Por medio de la escritura pública ya mencionada el señor Carlos Otero Santamaría comprometióse para con la nación a cumplir todas las obligaciones que le imponen las leyes, decretos, resoluciones, etc., en el cargo de "auxiliar primero de contabilidad-Cajero contador de la caja de auxilios de la policía nacional" y a responder por todo alcance que contra él se deduzca por errores en sus cuentas, malversación, mala administración de los bienes puestos bajo su cuidado, omisión en el recaudo de las cantidades que esté obligado a cobrar, valor de multas que se le impongan, etc. Y para garantizar el fiel cumplimiento de todas esas obligaciones los esposos Aldo Faccio y María Josefa Rocha de Faccio constituyeron hipoteca a favor del gobierno nacional sobre un lote de terreno de propiedad de la primera y edificaciones levantadas allí mismo por el segundo. La escritura y los compromisos en ella estipulados fueron aceptados por el señor Octavio Mutis en su carácter de sub-director de la policía nacional y a nombre del gobierno "que representa".

En el memorial de excepciones el excepcionante propone varias excepciones entre las cuales cita como primera la de **inexistencia o nulidad del contrato anterior.**

Fúndase en síntesis en que el contrato lo celebró Octavio Mutis, como represen-

tante del gobierno nacional que no era acreedor; que Mutis no tenía facultad para representar a la nación, a la cual debía representar el ministro de gobierno, o un delegado suyo; que el contrato, en cuanto tiende a asegurar el manejo del empleo de cajero contador de la Caja de Auxilios de la policía nacional, no tiene valor legal, por ser la caja una entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del tesoro nacional; que esa caja según sus estatutos tiene un representante legal, que lo es el director general de la policía; que el contrato, por esa razón no ha creado derechos a favor de la Caja de Auxilios, porque el sub-director de la policía señor Mutis no lo aceptó a su nombre ni con representación de su representante estatutario, ni fue la intención del señor Mutis representar a la Caja, sino de una manera exclusiva al gobierno nacional; que la Caja es una entidad de creación legal, fundamentalmente distinta del Estado y a la cual por lo mismo éste no puede representar; es ella la que tiene capacidad para contratar y obligarse y ella quien actúa y ha venido actuando a través de su larga existencia como persona jurídica en el campo del derecho privado.

La segunda de las excepciones propuestas consiste en la **ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante.**

Fúndase en que conforme al auto de fenecimiento que dedujo el alcance, éste proviene del manejo de fondos pertenecientes a la Caja de Auxilios de la policía nacional, con lo cual quedó únicamente afectado el patrimonio de dicha entidad, no el de la nación; luego si los intereses nacionales no han sufrido ningún detrimento, la nación carece de interés pecuniario para reclamar derechos que no le corresponden. El juicio de cuentas de donde proviene el alcance siguióse contra Otero Santamaría como representante del manejo de fondos pertenecientes a una entidad privada, no como responsable del manejo de fondos nacionales. Es pues la Caja de Auxilios la única que tiene derecho a exigirle cuentas a Otero, por manejar bienes del patrimonio exclusivo de aquélla.

La tercera excepción es la de **ineficacia del auto de fenecimiento como recaudo ejecutivo.**

Fúndase en que el contralor general de la república carecía de competencia para el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de Otero Santamaría, pues éste, según lo antes visto no ostentaba el carácter de empleado de manejo de fondos y bienes nacionales. El contralor general de la república sólo tiene competencia para examinar, glosar y fenecer las cuentas de los funcionarios que manejen fondos o bienes de la nación, en ningún caso para intervenir en las cuentas de empleados de otras jerarquías administrativas o de entidades de carácter privado o semi-privado. En consecuencia la disposición que ordenó a Otero Santamaría rendir sus cuentas a la contraloría general de la república, consignada en la resolución número 231 de 5 de agosto de 1936, del ministerio de gobierno, carece de fuerza porque no es precepto legal que le atribuya al contralor una función que sólo la ley puede atribuírle.

Por último la cuarta y última excepción es la de **incompetencia de jurisdicción del juez ejecutor.**

Consiste en que la **jurisdicción coactiva** está establecida por la ley para el cobro de **deudas fiscales.** La deuda que se quiere hacer efectiva a los ejecutados no tiene esa condición jurídica, desde que los fondos que maneja Otero no eran propiedad de la nación, ni pasan por el presupuesto nacional, ni el fenecimiento contra Otero fue dictado por el contralor en uso de atribuciones legales.

Examen de las excepciones

El fundamento esencial de todas las excepciones parte del hecho de que la Caja de Auxilios de la policía nacional, por ser institución con personería jurídica, maneja fondos propios en que la nación no tiene ingerencia, de manera que el contrato de fianza hipotecaria ha debido ser aceptado por los propios representantes de aqué-

lla, señalados en los estatutos, y al no hacerlo así no hubo el aporte del consentimiento de parte de la Caja, en la aceptación de la hipoteca. Del hecho de ser la Caja una entidad privada o semi-privada autónoma, con personalidad propia, se infiere que ella era la única capacitada para examinar y fenecer las cuentas del cajero; en manera alguna otra entidad como la nación, por conducto de la contraloría general de la república, cuyas funciones se limitan al examen y glosa de las cuentas de empleados de manejo de fondos nacionales, carácter éste de que carecen los fondos que manejó Otero y a que se refiere el alcance de la contraloría. Y como los fondos del alcance no son de la nación, el juez de ejecuciones fiscales está obrando sin competencia al seguir una ejecución por dineros que son de una persona jurídica distinta de la nación.

Ante estas observaciones y las demás contenidas en el pliego de las excepciones y en el alegato presentado en la Corte por el abogado de los excepcionantes para sustentar más ampliamente las defensas, precisa dejar definido el verdadero carácter jurídico de la Caja de Auxilios de la policía nacional, y nada más adecuado a ese fin que trascribir primero la historia de esa institución, según fue descrita por la Sala Plena de esta misma Corte, en su sentencia de fecha 5 de octubre de 1939, pronunciada con ocasión de la demanda de inexequibilidad del decreto ejecutivo número 475 de 1938, por el que se reorganizó y reformó la mencionada institución, que actualmente lleva el nombre, de acuerdo con el mismo decreto, de Caja de Protección Social de la Policía Nacional; y en seguida trascribir también lo pertinente de la misma sentencia, la cual aparece publicada en la **Gaceta Judicial**, Nº 1950, tomo 48, páginas 643 a 653, en que la Corte Plena fijó el alcance de las disposiciones reguladoras de la Caja y su exacta posición legal ante el Estado que la creó y le ha dado vida y organización:

"—Preocupado el Gobierno por el porvenir de las familias de los servidores públicos que integraban el cuerpo de la Policía Nacional, ideó la creación de un fondo especial que en un principio se llamó "Caja de Gratificaciones", destinada a pagar recompensas por servicio a la institución durante doce o más años, a socorrer a los agentes y empleados en casos de enfermedad y a premiar la buena conducta y las acciones distinguidas de civismo. Conservó este nombre hasta el año de 1912, en que por decreto de 1º de agosto de dicho año se le varió por el de "Caja de Recompensas"; en este decreto se fijaron las normas precisas para la recaudación, manejo e inversión de los fondos que integraban la Caja, y se derogaron todas las disposiciones dictadas con anterioridad, con lo que quiere decirse que se dictó una nueva y completa reglamentación sobre la materia. En desarrollo de tal decreto, el Poder Ejecutivo le reconoció personería jurídica a la Caja, por resolución de 28 de diciembre de 1912 (D. O. Nº 14.812), personería que más tarde le fue ratificada por resolución de primero de junio de 1917 (D. O. Nº 16.117).

"Más tarde, la Ley 41 de 1915, actualmente vigente, organizó en su totalidad la Policía Nacional y le señaló atribuciones, autorizando al Ejecutivo para reorganizar y reglamentar la "Caja de Recompensas", en su artículo 21, que a la letra dice: "El Gobierno reglamentará la presente ley y llenará los vacíos que puedan ocurrir con la reorganización de la Policía Nacional, aumentando o disminuyendo el personal de ésta, según las necesidades del servicio". "Parágrafo. Corresponde igualmente al Ejecutivo la organización y reglamentación de la Caja de Gratificaciones y Recompensas y la de Fondos Especiales de la misma Policía, establecidas por decretos del Gobierno".

"II.—La Ley 51 de 1925 otorgó al Gobierno amplias autorizaciones para poner en ejecución un plan completo de reorganización del ejército, y en artículo único de dicha ley hizo extensivas las anteriores facultades extraordinarias a todo lo que concierne a la institución de la Policía Nacional. Tales autorizaciones extraordinarais debían cesar el 31 de di-

ciembre de 1927, según lo preceptuado en el artículo 9º de la ley 88 de 1925.

"III.—Preocupado el Organo Ejecutivo por mejorar las condiciones del personal de la Policía Nacional, resolvió reorganizar de manera total la "Caja de Recompensas", e inspirándose en un sentimiento de verdadera justicia, expidió el decreto legislativo número 1988 de 1927, en el cual usó de las facultades extraordinarias concedidas por la ley 51 de 1925, todavía vigente, y mejoró las condiciones de los agentes del cuerpo respecto de las recompensas y pensiones que se pagaban por la Caja. Ese decreto de carácter legal, con su excepción de su artículo 4º, que fue derogado por la ley 18 de 1928, ha venido rigiendo la vida y marcha de esa entidad hasta el momento en que se dictó el decreto ejecutivo número 475 de 1938, que viene a ser el acusado en su totalidad en esta demanda y que derogó de manera expresa el 1988, antes citado, en su artículo 75.

"IV.—Posteriormente dictó el Gobierno el decreto número 825 de 1931, en ejercicio de la facultad extraordinaria que le otorgó la ley 3 de 1930, en el cual reglamentó lo relacionado con los ingresos de la Caja de Auxilios del mismo cuerpo, pero dejando en plena vigencia el decreto 1988, con excepción del ordinal g) del artículo 4º, que fue expresamente derogado. En ejercicio de las mismas facultades extraordinarias dictó el decreto número 2274 de 1931, en el cual ratificaba lo dispuesto en el decreto anterior, con algunas modificaciones en cuanto a la forma de manejo de la referida Caja.

"También estos dos decretos de carácter legislativo, que desarrollaban facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, fueron expresamente derogados por el decreto ejecutivo número 475, que sirve de materia a esta demanda.

"V.—Fue promulgado después el decreto número 1310 de 1932, regulador de la misma materia y expedido por el Gobierno en uso de autorizaciones extraordinarias de que fue investido por las leyes 99 y 119 de 1931. Este decreto legislativo fue igualmente derogado por el 475 que se estudia.

. . . . . .

"Pero conviene recordar en esta parte que la Caja es de creación exclusivamente administrativa, nacida de la iniciativa del Gobierno, en desarrollo de la ley 23 de 1890, que ordenó la fundación de la Policía Nacional. En sucesivos decretos ejecutivos se fueron determinando tanto los recursos con que debía formarse el patrimonio colectivo del organismo, como las distintas necesidades que éste debía tomar a su cargo, en beneficio del personal del cuerpo. Tales decretos han venido a ser, por esa razón, el status reglamentario de la entidad, y por eso en ellos se señalan los objetivos primordiales del instituto, que no son otros que los de propender a la protección, bienestar y mejoramiento del personal que ha compuesto la Policía Nacional.

"Si, pues, sólo pueden gozar de esos beneficios los individuos incorporados a dicho cuerpo por iniciativa del Gobierno; si el organismo tiene estricta fuente oficial surgida de los poderes del Estado; si sus únicas finalidades son las de prestar asistencia cooperativa al personal, auxiliándolo en sus numerosas necesidades de orden privado; si la Nación contribuye a la formación del patrimonio social y común, hay que aceptar que se está en presencia de una entidad de estructura rígidamente estatal, cuya vida y gobierno, por esa circunstancia, debe estar sometida a las determinaciones del Poder Público. Y convenido en que esa es indudablemente la fisonomía característica de la institución, forzoso es aceptar que corresponde al poder administrativo velar por su marcha y por el fiel cumplimiento de sus finalidades colectivas. Esta misión de organización y de gobierno la ha tomado a su cargo el poder administrativo y con esa exclusiva finalidad ha dictado los decretos sucesivos que contienen tales normas".

La Caja de Auxilios de la Policía Nacional, hoy Caja de Protección Social de

la misma entidad, es pues una entidad con personería propia aunque dependiente del Estado a quien debe su origen y organización, y el que la ha dotado de los reglamentos con que se gobierna.

Por consiguiente la Caja es lo que en derecho administrativo se llama un establecimiento público, es decir, una persona autónoma encargada de la gestión de un servicio público, o de un grupo de servicios públicos determinados.

Como el Estado no puede atender directamente todos los servicios de la administración o conexionados con ella, en muchos casos debe apelar a la creación de entidades autónomas con capacidad jurídica y técnica suficiente para cumplir satisfactoriamente un determinado fin de interés público.

Cuando la ley —dice Fleiner—, con el fin de atender a una determinada función, separa de la organización general administrativa un conjunto de medios, de tal manera que éstos deban llevar una existencia independiente desde el punto de vista técnico y una personalidad jurídica propia, aparecen entonces los llamados establecimientos públicos.

En esta clase de instituciones se encuentra la más grande variedad de regímenes, desde las que por su autonomía e independencia se asemejan a las personas privadas en cuanto llevan una vida absolutamente propia, sin sujeción ninguna a la administración, hasta las entidades que están tan subordinadas a ésta que casi se confunden con un servicio sin autonomía, prestado directamente por el Estado.

De esta última categoría es la clase del Establecimiento público constituído por la Caja de Auxilios de la policía. Creado por el Estado para propender a la protección, bienestar y mejoramiento del personal de la policía nacional, con recompensas,auxilios, gratificaciones, etc., en pro de las unidades de dicho cuerpo, es una dependencia administrativa de éste, aunque con autonomía y personalidad propia para facilitar así el mejor éxito de sus actividades, mediante la necesaria gestión adecuada y técnica de las prestaciones sociales colocadas bajo su cuidado. El decreto número 1.988 de 1927 además de dotar con personería jurídica a la entidad, púsola bajo la representación y dirección del director general de la policía, lo que es suficiente para poner de relieve la categoría que ella ocupa dentro de la estructura oficial de la nación.

De consiguiente, es innegable que la Caja de Auxilios como participante de la administración pública conserva lógicamente su condición de organismo público, con patrimonio propio, pero sin perder éste por ello el carácter de patrimonio perteneciente en definitiva a la nación. Los individuos que constituyen su personal son así agentes administrativos y funcionarios públicos. Este carácter ya lo tenía antes del decreto número 475 de 1938, pero este decreto vino a confirmarles tal carácter, cuando en el artículo 13 estatuyó que los empleados de la Caja son "empleados públicos".

Sentados estos antecedentes no es así de extrañar que la contraloría general de la república haya examinado y fenecido las cuentas del señor Otero Santamaría como cajero de la Caja de Auxilios de la policía, porque el hecho de que la mencionada entidad tenga personería jurídica, no la convierte en persona de derecho privado ni le quita a su patrimonio el atributo de ser nacional.

Tampoco es extraño que un juez nacional de ejecuciones fiscales esté recaudando el alcance deducido al señor Otero, porque tal alcance se refiere a fondos públicos. Lo único que hay es que tales fondos tienen una afectación especial, que se cumplirá cuando el responsable solucione la deuda; mas este cumplimiento es cuestión ajena al ejecutado y que solo interesa a la nación, que está cobrando, y a la Caja.

Ni menos merece censura de ilegalidad la resolución número 231 de 1936, dictada por el ministerio de gobierno, en que dispone separar el manejo de los fondos y demás haberes pertenecientes a la Ca-

ja de Auxilios, de la administración de la caja general de la policía, siendo en consecuencia obligación del cajero de aquella rendir sus cuentas a la contraloría general de la república. Porque para disponer esto no se requería decreto, ya que la materia reglamentada pertenecía al régimen interno de la policía, puesta en general bajo el cuidado del ministerio de gobierno; y ya que por la naturaleza de los fondos manejados por el citado cajero, las respectivas cuentas caían necesariamente bajo la competencia de la contraloría, de manera que el ministro de gobierno no hizo cosa distinta de la de hacer que se cumpliera la ley en un caso particular, referente a una cuestión interna de administración de la policía nacional. Nótese por otra parte, que la mencionada resolución fue la que creó el cargo de cajero de la Caja de Auxilios, que en adelante iba a ser independiente del cajero de la policía, y señaló funciones a ese empleo, las cuales fueron las que juró desempeñar el señor Otero Santamaría al posesionarse del cargo y las que, en cuanto al correcto manejo de fondos, afianzaron los fiadores. De consiguiente resulta notoriamente irregular cuando menos, que a la hora en que se trata de hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones que se contrajeron, se venga a excepcionar para desconocer el estatuto bajo el cual voluntariamente se colocó el empleado al aceptar y desempeñar el puesto, y los fiadores al asegurarlo.

Por último, el que la escritura hipotecaria otorgada por los esposos Rocha-Faccio hubiera sido aceptada por el subdirector de la policía, diciendo que representaba a la nación, no afecta la validez del instrumento. El director de la policía es el representante legal de la caja; lleva pues la personería de ese establecimiento público, de carácter administrativo nacional; de consiguiente cuando recibió la escritura en realidad lo hizo para la entidad que estaba representando, a la cual iba a aprovechar la fianza hipotecaria y a cuyo favor ésta se estaba otorgando.

Ahora, el señor Octavio Mutis obró en la escritura como subdirector de la policía nacional. La subdirección de la policía fue cargo creado por el decreto ejecutivo número 1375 de 12 de junio de 1936, originario del ministerio de gobierno, con funciones, como la denominación lo indica, de auxiliar del director, al cual se le dejó la atribución de reglamentar las atribuciones especiales de la nueva dependencia; fue así como el director de la policía dispuso en decreto número 167 de 1936, que el subdirector lo reemplazaría en sus faltas accidentales o temporales, cuando el gobierno no resolviera otra cosa.

De consiguiente de nada sirve haber probado en el expediente que en los archivos de la policía no se halló la orden especial en que el director del cuerpo facultara al señor Octavio Mutis para aceptar la caución hipotecaria prestada por el señor Otero Santamaría. Mal podía existir esa autorización especial, desde que la facultad del subdirector provenía del carácter general de sus funciones de tal.

SENTENCIA

En resumen, las excepciones propuestas carecen de todo fundamento legal. Por ello hay que negarlas.

En consecuencia, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y obrando de acuerdo con el concepto del ministerio público, declara INFUNDADAS las defensas que como excepciones hiciéronse valer en el presente juicio por los ejecutados. Continúa adelante la ejecución.

Las costas del incidente de excepciones son de cargo de los excepcionantes. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio".

BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES.—EXPROPIACION DE HECHO.

1.—Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posée y administra como un particular. Son fuentes de ingreso y como propiedad privada están sometidos al derecho común Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles", mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija". — 2. El dominio del Estado sobre los bienes de uso público es un dominio *sui generis*. — 3. Reconoce el derecho público que cuando la autoridad pública o el interés social lo exijan puede el Estado, mediante las formalidades legales y por un acto de soberanía, proporcionarse un bien de propiedad particular para destinarlo a una obra o empresa pública, lo cual constituye la expropiación. Cuando no se observan esas formalidades por parte de las autoridades administrativas hay expropiación de hecho, lo que se verifica para fines de utilidad pública.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.).

Bogotá, septiembre veintiseis de mil novecientos cuarenta.

El señor Fidel Márquez entabló contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales acción reivindicatoria por una faja de terreno situada en el paraje de "Tesorito".

Sintetizados, los hechos en que se apoya la demanda, son estos:

Que por la escritura número 663 de 24 de agosto de 1931 de la Notaría 2a. de Manizales, el demandante compró a Juan de Jesús Gallego un terreno situado en el Municipio de Manizales en el paraje de "Tesorito", tal como allí se describe.

Que la escritura de que se ha hecho mención y que prueba el dominio que el demandante tiene sobre el inmueble de que se trata, no ha sido cancelada por ninguno de los mediós que determina el Código Civil.

Que del predio del demandante tomó el Gobierno Nacional para la carretera de Manizales-Río Magdalena una faja de 466 metros de larga excluyendo el trayecto que ocupa un puente de ferroconcreto en la quebrada de "Tesorito", faja de ancho irregular.

Que la ley 88 de 1931 fijó la red de carreteras nacionales o las carreteras que debía construir la Nación, siendo una de ellas la de Manizales-Río Magdalena.

Que el Gobierno del Departamento de Caldas, con la competente autorización celebró con el Gobierno Nacional el contrato para la construcción de la carretera Manizales-Río Magdalena.

Que ese mismo contrato lo celebró el Agente Fiscal del Departamento de Caldas, doctor Eduardo Vallejo, con poderes suficientes del Departamento de Caldas, con los Ministros de Hacienda y de Obras Públicas que obraron en representación del Gobierno Nacional.

Que el Gobierno Nacional es poseedor material y actual de la mencionada faja de terreno, la que ocupa con parte de la carretera que va de Manizales al Río Magdalena, carretera que en ese sector está dada al servicio público. En esa faja el Gobierno ejerce actos de dominio, como balastada, desagües, zanjas laterales y en fin la forma indispensable para una carretera que sirva para vehículos de rueda.

Que el Gobierno Nacional no tiene la propiedad inscrita de esa faja de terreno y sí la tiene el demandante.

Que éste ha venido gestionando el pago de esa faja de terreno con el Departamento de Caldas, sin resultado alguno.

Que el Gobierno Nacional, como prueba del dominio que ejerce sobre la faja de que se trata, la tiene cercada en sus lados Sur y Norte con alambradas.

El señor Fiscal segundo del Tribunal evacuó el traslado de la demanda en estos términos:

"A los hechos contesto en la forma siguiente:

"Al Primero.—Es cierto que el señor Juan de Jesús Gallego le vendio al señor Fidel Márquez el derecho de dominio en un terreno con casa de habitación situado en el paraje de "Tesorito" de esta jurisdicción y por los linderos puntualizados en el mismo numeral. Así lo expresa la escritura acompañada a la demanda.

"Al Segundo.—Así lo dice el certificado.

"Al Tercero.—No me consta este hecho y por lo tanto no le puedo dar mi asentimiento.

"Al Cuarto.—La Ley 88 de 1931, fijó la red de carreteras Nacionales, siendo una de ellas la de Dabeiba-Cañasgordas-Medellín-Sonsón-Manizales-Río-Magdalena.

"Al Quinto.—No me consta este hecho.

"Al Sexto.—Tampoco tengo conocimiento de ello y por eso no le puedo dar mi asentimiento.

"Al Séptimo.—Si el Departamento está construyendo la carretera a que se refiere el demandado por delegación de la Nación, lo más natural es que al Departamento o a la Nación se le hayan otorgado las escrituras correspondientes a las fajas que vaya tomando.

"Al Octavo.—Así lo dan a entender las notas acompañadas a la demanda".

Por sentencia de 21 de septiembre de 1939 el Tribunal ya citado declaró que "En el caso de autos no está probada la acción interpuesta, por lo cual es el caso de absolver a la parte demandada, como en efecto se absuelve, de todos los cargos que se le formularon en el libelo de demanda".

La entidad falladora fundó su decisión en algunas consideraciones que la Sala no comparte. Por ejemplo, que no está probado que la carretera Manizales-Río Magdalena sea una obra de propiedad nacional. Para esa demostración basta la ley que fija la red de carreteras nacionales. En esa ley que es la Ley 88 de 1931, figura la carretera de que se trata.

Siendo uno de los requisitos indispensables para que la acción reivindicatoria prospere que se trate de cosa singular reivindicable, el Tribunal ha debido examinar en primer término, si es procedente tal acción tratándose de un inmueble que ha pasado a ser de uso público. De esta manera si se arriba a una solución negativa, no hay necesidad de entrar a examinar si se probó o no que la entidad demandada está en posesión del terreno que se trata de reivindicar. Claro está que si el bien ha pasado a ser de uso público, no podría exigirse prueba de posesión civil.

Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común. Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas

a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles, "mientras sigan asignados a la finalidad pública y en los términos en que esta finalidad pública lo exija".

Sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que ésta se compone, se encuentra: el **usus**, no es del Estado, pertenece a todos los habitantes del país; el **fructus**, no existe, en tesis general, y el **abusus** tampoco existe en relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En esos bienes, observa Demófilo de Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad, sino "un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común". En todo caso, el dominio del Estado sobre los bienes de uso público, es un dominio **sui generis**.

Reconoce el derecho público que cuando la autoridad pública o el interés social lo exijan, puede el Estado, mediante el lleno de las formalidades legales y por un acto de soberanía, proporcionarse un bien de propiedad particular para destinarlo a una obra o empresa pública. "El mismo Estado de derecho—dice Fritz Fleiner—que tan eficazmente protege los derechos y el patrimonio de los ciudadanos, ha facilitado de otra parte el triunfo del principio según el cual la ley puede autorizar intromisiones en la libertad y propiedad de los ciudadanos cada vez que el interés público las exija, pues sin estas intromisiones el Estado no es capaz de cumplir sus funciones". Esas intromisiones constituyen el fenómeno de la expropiación propiamente dicha, estó es, la que se verifica normalmente, o sea, con el lleno de las formalidades legales.

Pero como lo observa el expositor Pareja, "hay otras que pudieran llamarse expropiaciones de hecho que son las que las autoridades administrativas llevan a cabo para fines de utilidad pública pero sin observar las formalidades legales; la ley 38 de 1918 —continúa este expositor— contempla el caso de esta última y regula el modo de indemnizar a los perjudicados, dando al Consejo de Estado competencia para conocer de esas reclamaciones, cuando se dirijan contra la Nación". Tal es el caso de autos: se trata de una expropiación de hecho, pero que no por serlo impide que el bien así expropiado adquiera la nueva categoría de bien de uso público, sustraído como tal, y según se deja dicho, al derecho común. Es, pues, otro distinto del seguido, el camino que tiene el demandante señor Márquez para reclamar su derecho por la expropiación de que se ha hablado.

Es pertinente la siguiente observación de Fritz Fleiner: "Como el carácter público estriba exclusivamente en un acto administrativo, la afectación dada por un acto de derecho privado no puede cambiar el destino de la vía pública (por ejemplo, por medio de la acción reivindicatoria ejercitada por el propietario del inmueble ocupado por la carretera)".

En síntesis, por cuanto el bien materia de la acción reivindicatoria está ya afectado a un uso público, es decir, se ha convertido en un bien de uso público, y los bienes de esta naturaleza se caracterizan por no ser susceptibles de propiedad privada, como que están fuera del comercio, y por ser imprescriptibles, hay que concluír que contra ellos no procede acción reivindicatoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el fallo recurrido.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

CAUCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS

Cuando el artículo 878 del C. J. dice que "si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le causa con su oposición, *el Juez debe ordenarlo*", lo hace de una manera tan general y perentoria, que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. Si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general establecida en el citado artículo no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada para que el actor pueda decir que el demandado preste la respectiva caución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Dentro del juicio posesorio promovido contra la Nación por la Junta de Patronos del Colegio de "Jesús, María y José" de la ciudad de Chiquinquirá, el apoderado de la parte demandante pidió al tribunal superior del distrito judicial de Tunja que en armonía con lo preceptuado por el artículo 879 del Código Judicial, ordenara que la entidad demandada "preste caución de pagar los perjuicios que causa al actor con su oposición".

El tribunal resolvió negativamente la solicitud en auto de fecha 19 de julio del año en curso.

Contra esta providencia interpuso apelación el demandante, de la cual está conociendo la Corte, de acuerdo con la ley. Agotada la tramitación del recurso, la Sala procede a dictar el fallo que le ponga término.

El argumento capital del auto recurrido puede sintetizarse de la siguiente manera:

La Nación, por ser persona jurídica, es relativamente incapaz y por consiguiente no puede obligarse por sí misma. Como la caución significa una obligación que se contrae, la Nación no siendo persona capaz legalmente para contraerla, sin la previa autorización de quien corresponda, no puede por tanto prestar caución.

Agrega el tribunal que de acuerdo con el criterio que informa el Código de Procedimiento Civil, el Estado está exento de ciertas cargas procesales como la que comporta la caución en referencia.

El señor procurador delegado en lo civil no comparte la opinión del tribunal, y funda su disentimiento en las siguientes razones de orden jurídico:

"El Estado, cuando actúa en juicio como persona jurídica, se halla sometido a las normas que gobiernan la marcha del proceso civil, salvo aquellas de que esté exceptuado por expresa disposición de la ley. Y no hay precepto legal expreso que exima al Estado, como parte militante en juicio, de la formalidad de que se trata.

"Tampoco puede deducirse aquella exención de la naturaleza jurídica del Estado como entidad de derecho civil. El estar asimilado a las personas relativamente incapaces no conduce en manera alguna a dicha conclusión. Y el tener por excepción ciertos y determinados privilegios en el proceso civil no es razón para extenderlos a lo que la ley no ha dicho. Los preceptos de excepción se interpretan y aplican limitativamente".

Se considera:

Los anteriores razonamientos del señor procurador delegado coinciden exactamente con el pensamiento de la Sala en lo que dice relación a las prerrogativas de que goza el Estado cuando actúa en juicio como persona jurídica, y sirven al propio tiempo para poner de manifiesto lo infundado de la tesis que el tribunal defiende en el auto materia de esta apelación.

En efecto, cuando el artículo 878 del Código Judicial dice que "si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le causa con su oposición, el Juez debe ordenarlo" (subraya la Sala), hácelo de una manera tan general y perentoria, que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. Lo que el legislador tuvo en mira fue garantizar al demandante el pago de los perjuicios en referencia derivados de la oposición del demandado. Y si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general establecida en el citado artículo 878 no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada, para que el actor pueda pedir que el demandado preste la respectiva caución.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor procurador delegado en lo civil, **revoca** el auto materia de esta apelación, o sea el pronunciado por el tribunal superior del distrito judicial de Tunja con fecha 19 de julio del año en curso, y en su lugar dispone que la Nación preste caución de pagar los perjuicios que causa al actor con su oposición, en los términos del artículo 878 del Código Judicial.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

DELEGACION DE FUNCIONES PRESIDENCIALES

Cuando el Presidente de la República delega en alguno de sus Ministros sus funciones para asuntos importantes y urgentes que aquél no puede atender por causa de viaje, verbigracia, la delegación es perfectamente lícita de acuerdo con la Constitución Nacional y no hay necesidad para su validez de detallar las funciones delegadas. En tales circunstancias la aprobación que el Ministro delegatario dé a un contrato considerado como asunto importante y urgente de la Administración, es perfectamente válida, según interpretación del artículo 135 de la Constitución de 1886, vigente cuando el contrato a que aluden los autos se aprobó.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, en auto de fecha 14 de julio de 1939, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de los señores José Silvestre Lacouture, como deudor principal, y George Touchet, como su fiador solidario y mancomunado, por la suma de $ 500 moneda legal, proveniente de la multa que por la expresada cantidad le fue impuesta al primero de los ejecutados en resolución número 33 de 5 de junio de 1937, dictada por el ministerio de agricultura y comercio.

La multa en referencia le fue impuesta al señor Lacouture con base en la respectiva cláusula penal por haber dejado de cumplir las obligaciones estipuladas en los puntos a), c) y k) de la cláusula tercera del contrato de fecha 29 de mayo de 1926 que el ejecutado celebró con el gobierno nacional, sobre explotación de algunos bosques nacionales. En el mismo contrato quedó consignada la declaración del señor Touchet en el sentido de obligarse mancomunada y solidariamente con el señor Lacouture a responder al gobierno nacional por el exacto cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por aquél en su carácter de arrendatario de los referidos bosques.

El señor Lacouture propuso en tiempo la excepción de nulidad del contrato que dio origen a la citada resolución y a la multa que en ella se le impuso.

Por esta causa el expediente llegó a la Corte para la sustanciación y fallo del respectivo incidente. Agotada ya la tramitación de rigor, es llegado el momento de resolver en definitiva.

"La nulidad que propongo —dice el excepcionante—consiste en la falta de aprobación de dicho contrato por parte del señor presidente de la república, lo cual es una solemnidad esencial que afecta la existencia misma del contrato de acuerdo con el artículo 1500 del C. C. Como fácilmente puede verificarse en el acto mismo contractual, la aprobación no la otorgó la persona misma del presidente sino uno de sus ministros".

El apoderado del excepcionante agrega estas otras consideraciones en su alegato ante la Corte:

"Si se tiene en cuenta la norma que para las delegaciones presidenciales estableció el artículo 67 de la ley 4ª de 1913 según la cual 'el presidente puede delegar a sus subalternos determinadas funciones detalladas expresa y minuciosamente, sal-

vo los casos prohibidos por la constitución o las leyes', es preciso concluír, que el decreto número 1043 bajo cuyo imperio se aprobó el contrato que celebró mi poderdante, no facultaba al ministro de gobierno para ejecutar legalmente tal acto, ya que no puede considerarse como función detallada, expresa y minuciosamente la que se expresa en los vocablos 'asuntos importantes y urgentes' empleados por el presidente Ospina en su decreto de delegación de facultades presidenciales".

Por su parte el señor procurador delegado en lo civil conceptúa que es el caso de declarar improbada la excepción propuesta por el ejecutado, fundándose para ello, entre otras razones, en que la aprobación que dio al contrato en referencia el señor ministro de gobierno, como delegado autorizado por el presidente de la república, es más que suficiente para los efectos del artículo 31 de la ley 110 de 1912, en cuanto esta disposición preceptúa que todos los contratos celebrados en nombre del Estado requieren la aprobación del presidente con la firma del ministro respectivo.

Se considera:

La sala no comparte las tesis sustentadas por el excepcionante, como quiera que resultan absolutamente infundadas a la luz de las siguientes consideraciones:

De conformidad con el artículo 135 de la constitución de 1886, "los Ministros, como Jefes superiores de la Administración, pueden ejercer en ciertos casos la autoridad presidencial, según lo disponga el Presidente. Bajo su responsabilidad anulan, reforman o suspenden las providencias de los agentes inferiores".

Dentro de la vigencia de la norma constitucional trascrita fue expedido el siguiente decreto:

"DECRETO Nº 1043 de 1926 (junio 21), por el cual se inviste temporalmente al Ministro de Gobierno de ciertas facultades presidenciales.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución Nacional, **decreta**:

"Artículo único. Mientras dure ausente de la capital el Presidente de la República, con motivo de su viaje a Popayán, para asistir a los festejos con que va a solemnizarse la inauguración del ferrocarril en aquella ciudad, quedará encargado de los asuntos importantes y urgentes de la Administración Ejecutiva, el Ministro de Gobierno.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 21 de junio de 1926.

"PEDRO NEL OSPINA.—El Ministro de Relaciones Exteriores, **Eduardo Restrepo Sáenz**".

De acuerdo con el decreto trascrito, los asuntos importantes y urgentes de la administración ejecutiva, quedaron a cargo del ministro de gobierno durante el tiempo en que el presidente estuvo ausente de la capital de la república.

Entre los asuntos que por aquella época se presentaron al estudio y decisión del citado ministro, estaba precisamente el contrato a que se ha hecho referencia, sobre explotación de ciertos bosques nacionales.

En la escritura pública número 1812, otorgada el día 12 de diciembre de 1928 ante el notario 3º de Bogotá, contentiva del contrato en cuestión, aparece la siguiente constancia:

"Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos veintiséis.—Aprobado por delegación del Excelentísimo señor Presidente. El Ministro de Gobierno, **Ramón Rodríguez Diago.** — El Ministro de Industrias, **Carlos Bravo**".

La sala considera absolutamente inobjetable tanto la actuación del presidente al expedir el citado decreto número 1043, como la del ministro de gobierno al impartir su aprobación al contrato de 29 de mayo de 1926.

En efecto, el citado artículo 135 de la constitución de 1886 autorizaba la delegación de las facultades presidenciales sin exigir que éstas fueran detalladas ex-

presa y minuciosamente. Esto se deduce de la sola lectura de dicha norma constitucional.

La frase "según lo disponga el Presidente", era de suyo tan amplia que no sólo autorizaba la delegación de ciertas y determinadas funciones presidenciales para el estudio y decisión de negocios especiales, sino que también daba pie para dejar encargado a uno de los ministros del despacho "de los asuntos más importantes y urgentes de la Administración", como se dijo en el decreto 1043.

La disposición del artículo 67 de la ley 4ª de 1913 mal podía considerarse como limitativa de un texto claro y expreso de la constitución. Ese mandato legal, frente al artículo 135 de la constitución de 1886, debía entenderse subordinado a la norma constitucional y, por lo tanto, interpretarse en el sentido de que la delegación de las funciones presidenciales debía ser detallada expresa y minuciosamente sólo cuando tal delegación se concretaba a uno o varios negocios conocidos de antemano.

Pero exigir semejante detalle expreso y minucioso en casos como el del presidente Ospina cuando estuvo ausente de la capital, con motivo de su viaje a Popayán, equivaldría prácticamente a anular la facultad constitucional de delegación de las funciones presidenciales, ya que es casi imposible hacer una enumeración detallada y minuciosa de todos y cada uno de los asuntos que dentro de determinado lapso de tiempo pueden requerir el estudio y decisión del presidente.

De ahí que en el decreto 1043 se dijera que la delegación comprendía "los asuntos importantes y urgentes de la Administración". Y ello tenía que ser así, puesto que para cuestiones cuya solución podía posponerse indefinidamente, la intervención del ministro como delegatario del presidente resultaba poco menos que inútil. Por el carácter eminentemente transitorio de las funciones del ministro delegatario, era apenas natural que el presidente sólo dejara a su cuidado los asuntos de mayor urgencia e importancia.

De acuerdo con las ideas hasta aquí expuestas, resultaba indiscutible que por haber sido considerada cuestión "importante y urgente" de la administración ejecutiva la aprobación del contrato de 29 de mayo de 1926, fue por lo que dicha convención aparece aprobada por el ministro de gobierno por delegación del presidente de la república. En tales circunstancias la aprobación del contrato en referencia se hizo en cumplimiento de un decreto ejecutivo de delegación de funciones presidenciales, inobjetable a la luz de una interpretación que no pierda de vista la amplitud de los términos en que estaba concebida la facultad constitucional.

Por último, cabe agregar a los razonamientos de la sala los siguientes conceptos del señor procurador delegado, enderezados a demostrar la plena validez del contrato celebrado por el gobierno nacional con el señor Lacouture:

"Ahora, otra circunstancia que viene también a comprobar que el Presidente de la República sí dio su aprobación al contrato con José Silvestre Lacouture, es el hecho de haber aprobado aquél la reforma solicitada por el Consejo de Estado, quien al revisar el contrato manifestó que para que quedara ajustado a la ley debía señalarse como término de duración del arriendo diez años, en vez de veinte, que se habían pactado en la cláusula octava del contrato, agregando que esta reforma debía ser sometida a la aprobación del Presidente de la República. En efecto, en el cuaderno principal, fl. 12 v. aparece habérsele dado cumplimiento a tal requisito, pues consta lo siguiente: "Bogotá, nueve de octubre de mil novecientos veintiocho.—Aprobado.—**Miguel Abadía Méndez.** — El Ministro de Industrias, José Antonio Montalvo". De lo expuesto se deduce que la parte reformatoria del contrato se aprobó en forma legal. Ahora bien, esa parte no puede considerarse desvinculada ni aislada de las otras estipulaciones, sino que es pre-

ciso pensar que ella forma parte de un todo armónico dadas la correspondencia y afinidad que existen entre esta cláusula modificada y las anteriores, pues ellas hacen referencia a los fines y contenido del contrato en general. Por las consideraciones anteriores este Despacho llega a la conclusión de que, en sana lógica, la aprobación impartida a una cláusula reformatoria del contrato por el Presidente de la República y el respectivo Ministro, implica el reconocimiento tácito de la aprobación dada por el Ministro de Gobierno, quien firmó como delegado suyo, reconocimiento que tiene por consecuencia la consiguiente aprobación presidencial del contrato".

Las precedentes consideràciones permiten llegar a la conclusión de que el contrato que sirve de fundamento al mandamiento ejecutivo no adolece del vicio de nulidad alegado por el excepcionante, siendo por lo tanto absolutamente válida la cláusula penal que se hace efectiva por medio de la presente ejecución.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, declara no probada la excepción propuesta por el ejecutado señor José S. Lacouture en memorial de fecha 8 de febrero del año en curso.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EJECUCION CONTRA EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.—AGENTES FISCALES—CAPACIDAD PROCESAL DE LOS AGENTES FISCALES—CONTRATO DE PRENDA. OBLIGACIONES DE HACER Y OBLIGACIONES DE DAR.

1.—La institución de los agentes fiscales está consagrada en la legislación colombiana con la extensión y con los caracteres de representación que al agente fiscal del Tolima se le atribuyen en los respectivos contratos de empréstito externo firmados con los banqueros de Nueva York. La institución del agente fiscal, con la amplitud de poderes con que la concibe la legislación colombiana, se hace necesaria en las operaciones de préstamo con base en la emisión de bonos en los mercados internos o internacionales. — 2.—El contrato accesorio de prenda, de acuerdo con la ley colombiana, debe versar sobre cosas muebles, y exige la entrega de la cosa del deudor al acreedor. No es prenda, en el sentido legal del vocablo, la promesa que consiste en que con determinados productos se irá a pagar al acreedor un crédito. Allí no hay más que una promesa, obligatoria eso sí para el deudor, porque el compromiso es plenamente válido, como quiera que está dentro de la normalidad jurídica que una persona física o una persona moral contraiga la carga de que la renta o productos determinados que espera percibir en el futuro los invierta en pagar una deuda. Si el deudor se obliga así, el efecto vinculante de la convención no es discutible. De manera que si el deudor deja de efectuar lo convenido no entregando oportunamente la renta o el producido previsto, quebranta el contrato que para él implica una manifiesta limitación de su libertad de disposición sobre esos bienes. 3.—De acuerdo con el concepto legal la obligación de hacer es aquella que tiene por objeto un hecho del deudor, distinto de la entrega de cosas. En la obligación de hacer se espera un resultado especial de la actividad del deudor, comprometida a producir el resultado previsto en el contrato, como el conocido ejemplo del pintor que se obliga a pintar un cuadro, el arquitecto a confeccionar unos planos, etc. En la obligación de entregar o de dar, la actividad del deudor debe encaminarse a verificar la trasmisión a poder del acreedor de alguna cosa; en ella lo perseguido como fin es la adquisición de la cosa, de modo que el HECHO del deudor para efectuar la entrega es cuestión secundaria, subordinada al verdadero fin en relación con el cual reviste el carácter de MEDIO adecuado para conseguirlo. Indudablemente toda obligación de ENTREGAR o de DAR envuelve una obligación de hacer, cuyo objeto consiste en el hecho o la acción de entregar la cosa debida, mas ello no sirve para calificar la verdadera naturaleza de esta obligación que se determina por el objetivo que las partes se han propuesto. En el caso de autos el hecho de poner a disposición en Colombia del agente fiscal las cantidades de moneda americana necesarias para la amortización gradual del empréstito y para el pago de sus intereses, la obligación fue de entregar o de pagar cantidades ciertas de dinero en monedas extranjeras. Por más que el ejecutante hubiese incurrido en un error de técnica jurídica al denominar obligación de hacer la que no es ni ha sido sino una obligación de entregar, pudo ejercitar válidamente la acción ejecutiva contra el Departamento. 4.—El Departamento del Tolima no puede prevalerse de la existencia del régimen jurídico actualmente existente sobre control de cambios para exculparse de pagar deudas contraídas en monedas extanjeras, ora antes de la limitación del mercado de cambios internacionales, ora después de ésta, y que legalmente puedan solucionarse en

Colombia. Para ello hay leyes que determinan la manera como los deudores pueden cumplir sus obligaciones, no obstante el aludido control, verbigracia, la ley 46 de 1933. Si lo que se hubiera demandado hubiese sido la remesa de la suma de dinero debida al exterior para cancelar el crédito, entonces sí tendrían aplicación las disposiciones sobre control de cambios internacionales; pero como no se ha pedido el pago con remisión de fondos al exterior, bien ha podido instaurarse la ejecución pedida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El doctor Edmundo Vargas R., como abogado sustituto de The Marine Midland Trust Company of New York, sociedad constituída y existente bajo las leyes del Estado de Nueva York, de los Estados Unidos de Norte América, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué al Departamento del Tolima, para que, siguiendo los trámites del juicio ejecutivo se libre contra éste mandamiento de pago consistente en que se le prevenga que, dentro del plazo prudencial fijado por el tribunal, "cumpla la obligación de hacer el depósito de las cuotas mensuales para el servicio del empréstito correspondiente a los meses de diciembre de 1931 a julio de 1938, en el Banco de Bogotá, debiendo ser cada una de dichas cuotas equivalente a la doceava parte del servicio anual del empréstito de 1º de noviembre de 1927, o sea $ 19,916.666 en moneda de los Estados Unidos de América". Y para el caso de que el departamento no cumpliere la obligación dicha, "solicito desde ahora que se extienda entonces la ejecución al monto de los perjuicios por el incumplimiento, que estimo bajo juramento en la cantidad de un millón quinientos noventa y tres mil trescientos treinta y tres dólares con veintiocho centavos ($ 1.593,333.28) en moneda de los Estados Unidos de América".

El tribunal negó la ejecución demandada, basado en que de acuerdo con los contratos de empréstito suscritos por el Departamento del Tolima de 1º de noviembre de 1927, en que se apoya la ejecución, el agente fiscal de los tenedores de bonos, calidad que es la que invoca la parte ejecutante, carece de facultad para entablar la acción.

El ejecutante apeló de esta providencia. En consecuencia los autos fueron enviados a la Corte para el estudio y fallo definitivo del recurso, a lo cual procede la Sala a continuación.

A.—Razones de la negativa del Tribunal

El tribunal apoyándose en la sección 6ª del artículo III del contrato de la agencia fiscal razona que al tenor de sus estipulaciones para que el agente fiscal pueda llevar la representación, no de personas inciertas y desconocidas, como son los tenedores de bonos, sino de personas determinadas, ya se trate de naturales o jurídicas, únicas admitidas a demandar en juicio, según el sistema procesal colombiano, se previó, "por una parte, que el agente fiscal podrá a su discreción demandar el cumplimiento de las obligaciones del departamento, por medio de un aviso escrito dirigido al mismo y a la ejecución judicial de las obligaciones del contrato; y por otra, que será de su deber hacerlo mediante la solicitud escrita de los tenedores o dueños registrados de no menos del 25% del valor principal de los bonos que se hallaren en circulación". De acuerdo con esto opina el tribunal que el agente fiscal "no puede ejercitar a discreción la facultad de demandar a nombre de los tenedores de los bonos, por ser éstos personas inciertas y desconocidas; y que para la admisión de la personería de dicho agente, debe éste probar previamente que por lo menos el 25% de esos tenedores le han solicitado la ejecución judicial de las disposiciones del contrato. Sólo así encontraría el tribunal una base concreta

de representación en el agente fiscal, delegada por ese 25% de los tenedores de los bonos".

B.—Contenido de los contratos

El contenido de los contratos es el siguiente en breve resumen de sus cláusulas más esenciales:

1º Contrato de compra de bonos entre el departamento del Tolima y Redmond & Cía., sociedad de Nueva York, de fecha 1º de noviembre de 1927:

Comprometióse el departamento a crear una emisión de bonos externos por una suma no mayor de cinco millones de pesos en oro colombiano o su equivalente en moneda de oro de los Estados Unidos de América del tipo, peso y ley existentes en primero de noviembre de 1927. Los bonos se emitirán en virtud y bajo la garantía de un contrato de "agencia fiscal" entre el Departamento y el "agente fiscal" que designarán los banqueros el cual contendrá los términos y disposiciones usuales en esta clase de emisiones. Los bonos se llamarán **bonos externos de oro del Departamento a 20 años del 7% garantizados y con fondo de amortización**; serán de denominaciones permutables de mil dólares o quinientos dólares por las cantidades de cada denominación que los banqueros exijan; estarán fechados el 1º de noviembre de 1927 o en cualquier otra fecha posterior que se convenga y vencerán a los veinte años de su fecha; ganarán intereses representados por cupones del interés en forma al portador desde su fecha, a la tasa del siete por ciento anual pagaderos semestralmente; serán pagaderos en cuanto al principal, prima e intereses sin deducción o disminución ninguna por impuestos, gravámenes, cargas o derechos; y tendrán derecho al beneficio de un fondo de amortización acumulativo que comenzará en la fecha del pago de los primeros intereses, pagadero en instalamentos semestrales iguales suficientes para pagar los intereses que se vayan venciendo sobre los bonos en circulación y para redimir al llegar al vencimiento la suma total más grande de bonos emitidos en cualquier momento, el precio de redención estipulado en el mismo contrato. "Dicho fondo de amortización a partir de la mencionada fecha de pago de los primeros intereses, será depositado en moneda de oro de los Estados Unidos en poder del agente fiscal semestralmente por lo menos con sesenta días de anticipación a cada fecha de pago de intereses. El monto exacto de dicho fondo acumulativo de amortización semestral será expresado en el contrato de agencia fiscal.

Los bonos constituirán obligación directa del departamento, el cual empeña su buena fe y crédito para el pago puntual del principal y la prima, si la hubiere, y de los intereses de los bonos y para el mantenimiento del fondo de amortización y el cumplimiento de todas las obligaciones del departamento con los prestamistas y el agente fiscal. Para mayor seguridad de los bonos el departamento convino en constituír gravamen "y peño primero y principal sobre todas sus rentas provenientes de los impuestos de licores, degüello, tabaco y consumo de licores extranjeros, las cuales se llamarán en lo sucesivo **las rentas pignoradas**", en los términos estipulados en las respectivas cláusulas.

Se convino en que los banqueros le compraban al departamento bonos por un valor principal de dos millones quinientos mil dólares, al precio de compra del ochenta y ocho y medio por ciento de su valor principal más los intereses que hubieren ganado desde el día de su fecha hasta la fecha de la entrega a los banqueros.

Por último en la cláusula final del contrato se estipuló que todos los recursos o reclamos contra el departamento serían decididos por los tribunales colombianos y de conformidad con las leyes de la república de Colombia.

2º El contrato de agencia fiscal también de fecha 1º de noviembre de 1927 fue celebrado por el departamento con la International Acceptance Securities Trust & Company, habiéndose estipulado principalmente lo siguiente:

El departamento después de prometer la emisión de sus bonos hasta por la cantidad de cuatro millones ochocientos sesenta y seis mil quinientos pesos en moneda de oro de los Estados Unidos de América se comprometió a que el principal y los intereses de todos los bonos los pagaría en la oficina principal del agente fiscal en la ciudad de Nueva York de los Estados Unidos de América en la moneda de oro de este país existente el primero de noviembre de 1927.

Los bonos constituyen obligaciones directas, incondicionales y válidas para el departamento, el cual para garantía del respectivo pago constituyó gravamen sobre las **rentas pignoradas** en las condiciones expuestas en la sección primera del artículo 3º del contrato.

Por ser de capital importancia en el estudio de la demanda ejecutiva se copia la siguiente cláusula del contrato, constitutiva de la sección segunda del predicho artículo 3º:

"Con el objeto de dar efecto a los gravámenes y cargas que pesan sobre las Rentas Pignoradas, el departamento depositará en poder del agente fiscal, en la ciudad de Nueva York, el 15 de enero de 1928, una suma de dinero, en moneda de oro de los Estados Unidos de América, al tipo de peso y ley corriente el 1º de noviembre de 1927, igual a las cinco doceavas partes del monto total necesario para el pago del interés anual, fondo de amortización y demás gastos aplicables a los bonos entonces emitidos y en circulación conforme a este contrato, y de ahí en adelante el día 15 de cada uno y de todos los meses, comenzando el 15 de febrero de 1928, mientras haya en circulación bonos de los aquí mencionados, depositará o hará que se depositen en una cuenta especial en un Banco de la República de Colombia, en adelante denominado "el Banco" que el departamento designe como depositario, una suma de dinero en la misma moneda de oro, a satisfacción y aprobación del agente fiscal, tomándola de dichas rentas pignoradas a medida que éstas se vayan recaudando, suma que será igual a un doceavo del total necesario para el pago del interés anual, fondo de amortización y demás gastos aplicables a los bonos emitidos y en circulación conforme a este contrato, siendo la intención de esto que tales depósitos acumulados sean suficientes a satisfacer los pagos de intereses y fondo de amortización y demás gastos amparados por este contrato por lo menos setenta y cinco días antes del vencimiento del plazo del pago respectivo. Dicha cuenta especial será separada de todas y de cualquier otra cuenta o depósito del departamento y será dedicada solamente al servicio del empréstito conforme aquí se dispone, y no estará sujeto a retiro de fondos destinados a otro objeto y será administrada de la manera que aquí adelante se dispone. Los intereses que se reciban por tales depósitos pertenecerán al departamento y se le podrán pagar corrientemente en tanto que no haya incumplimiento en cuanto a los bonos ni a los compromisos de este contrato".

"El banco mantendrá tales dineros depositados por cuenta del Agente Fiscal y se los remitirá a la ciudad de Nueva York, de manera que el Agente Fiscal los reciba en la ciudad de Nueva York a más tardar con setenta (70) días de anticipación a cada fecha de pago de intereses. El Agente Fiscal abonará las sumas así recibidas por él al monto pagadero por el departamento conforme al artículo V del presente, con sesenta días de anticipación a la fecha del pago de intereses inmediatamente siguiente al recibo de tales valores". (Artículo III — Sección 2ª)

Para los fines acordados en el contrato, las partes contratantes convinieron en que el Banco designado de acuerdo con la cláusula anterior actúe como depositario de las Rentas Pignoradas y que dicho Banco las tenga por cuenta del agente fiscal en beneficio de los tenedores de los bonos.

A fin de atender en la debida oportunidad al pago de los intereses de los bonos y de formar el fondo acumulativo de amortización para el retiro de ellos el departamento se comprometió a pagar al agente fiscal en su oficina principal de la ciudad

de Nueva York, cada semestre, con sesenta días por lo menos de anticipación respecto al 1º de noviembre y al 1º de mayo de cada año la suma de ciento diez y nueve mil quinientos dólares en moneda de oro de los Estados Unidos de América vigente el primero de noviembre de 1927. Artículo V, sección 1ª)

Se estipularon cuatro casos llamados de incumplimiento del contrato en virtud de los cuales el agente fiscal estará facultado para declarar de plazo vencido el contrato y pagadero el principal de todos los bonos.

Se previó que el agente fiscal podrá renunciar y exonerarse de las obligaciones del contrato; y al recibo de tal renuncia el departamento procederá a nombrarle sucesor, el cual actuará en tanto que los tenedores de la mayoría del valor de los bonos que estén en circulación no nombraren otro sucesor o sucesores.

Por último la sección 3ª del artículo 6º contiene la siguiente cláusula referente a la representación judicial del agente fiscal: "El Agente Fiscal podrá a su discresión, y será de su deber hacerlo a solicitud de los tenedores o dueños registrados de no menos del 25% del valor principal de los bonos que se hallaren en circulación, y después que se le haya indemnizado o se le haya provisto de fondos a su satisfacción, proceder, en la forma que él mismo, oído el parecer de abogados, considere conveniente a la protección de la deuda que por el presente se asegura, y a la ejecución judicial de las disposiciones de este contrato, y por el presente queda el Agente Fiscal irrevocablemente nombrado agente y representante especial de los tenedores de los bonos, investido a nombre de ellos de todas las facultades para proceder de esta manera".

C.—La personería del Agente Fiscal

La sociedad ejecutante The Marine Midland Trust Company of New York obra en calidad de agente fiscal de los tenedores de los bonos del empréstito externo departamental del Tolima, sucesora de International Acceptance Securities Trust & Company, primitivos agentes fiscales.

Se trata por consiguiente de determinar si en esa calidad tiene la representación judicial que invoca, y que el tribunal negó en el auto materia de la apelación.

Pero antes de entrar de lleno en el examen de tal cuestión, se advierte que por su parte la sociedad ejecutante está bien representada en el juicio, mediante el poder que en la ciudad de Nueva York le otorgaron los gestores al señor Lawrence Wikilson, y que éste sustituyó en el abogado que promovió la demanda. La gestión de cobro que hace dicha sociedad no implica que ella tenga negocios permanentes en Colombia, para que la obligue el artículo 272 del C. Judicial. Del contrato de fiducia tampoco se infiere esa clase de negocios, ya que el agente fiscal cumple las actividades principales de su encargo en la ciudad de Nueva York, de manera que el cobro judicial, cuando a ese recurso tenga que acudir ante los tribunales colombianos, representa un acto ocasional, que por su índole no es de los que provengan de negocios permanentes en el país. De donde se concluye que a la sociedad demandante le basta hablar por conducto del apoderado que constituyó ante las autoridades americanas, cuyo poder se presume así ceñido "a la ley del respectivo país", de acuerdo con lo prescrito en el artículo 271 del mismo código.

Volviendo ahora a la materia objeto principal de este capítulo, la sala encuentra, contra lo pensado por el tribunal en el auto recurrido, que la estipulación del contrato de agencia fiscal, trascrita al finalizar el capítulo anterior, le da al agente fiscal capacidad procesal suficiente para llevar la representación judicial de los tenedores de bonos. Y es más, según lo que se desprende de la misma cláusula y de todo el contrato, el agente fiscal es el único que está facultado para instaurar las acciones judiciales procedentes de aquél contra el departamento. Los tene-

dores de bonos en todo evento están desprovistos de personería en relación con el cobro, el que necesariamente habrá de hacerse por el conducto regular del agente fiscal. Se explica la Corte.

La cláusula aludida es muy clara. Contiene dos regulaciones perfectamente distintas y perceptibles. Se descomponen así: la una referente a que el agente fiscal **podrá a su discreción** proceder en la forma que él mismo lo estime conveniente a la protección de la deuda y a la consiguiente ejecución judicial de las disposiciones del contrato; y la otra, consistente en que **será obligación del agente fiscal,** hacer lo mismo, esto es proceder a la protección de la deuda y a la ejecución judicial del contrato, cuando así se lo soliciten por lo menos el 25 por 100 de los tenedores de los bonos que se hallaren en circulación. La primera parte consagra la facultad general de representación del agente fiscal para obrar en todo tiempo ante el departamento en nombre de los tenedores de bonos, según el prudente arbitrio del agente fiscal y sin necesidad de que aquéllos se lo soliciten; en tanto que la segunda parte le impone al agente fiscal la obligación inmediata de proceder a la protección de la deuda, aun por la vía judicial, si así lo solicita un grupo de tenedores de bonos no inferior a la cuarta parte de los bonos en circulación.

Esta cláusula es igual a otras en que se le confieren poderes al agente fiscal, como por ejemplo, aquella en que se prevén los llamados "casos de incumplimiento", que dan derecho a declarar vencido el plazo de la deuda y pagaderos los bonos antes del vencimiento normal de su plazo; en cuyos eventos también se convino en que el agente fiscal **puede,** de acuerdo con su prudente arbitrio, declarar llegado cualquiera de esos casos adoptando en seguida las medidas consecuenciales; pero también **debe** hacer lo mismo, cuando así se lo soliciten la cuarta parte cuando menos de los tenedores de bonos en circulación.

Y todas estas facultades al agente fiscal en el contrato se explican ya que él es el intermediario, necesario entre los prestamistas, que son los tenedores de bonos, y la entidad deudora. El pago de los bonos debe hacerse por conducto del agente fiscal; a éste deben remitírsele periódicamente las cantidades necesarias tanto para atender al pago de intereses como del capital de los bonos que deben recogerse en su caso; de manera que los tenedores de bonos tienen en el agente fiscal al propio tiempo que el mandatario encargado de la protección de sus intereses, un delegado especial convenido en el contrato de préstamo, con la función prevista en el artículo 1642 del C. Civil, de recibir a nombre y por cuenta del acreedor los respectivos valores objeto de la obligación contraída por el deudor.

Por otra parte la institución de los agentes fiscales está consagrada en la legislación colombiana, con la extensión y con los caracteres de representación que al agente fiscal del Tolima se le atribuyen en los respectivos contratos de empréstito externo firmados con los banqueros de Nueva York. Así el artículo 4º de la ley 51 de 1918, "sobre establecimientos o sociedades de crédito" dispone que los establecimientos de crédito podrán actuar como intermediarios entre prestamistas y prestatarios en la realización de operaciones de crédito que hayan de llevarse a cabo por medio de emisiones de bonos, documentos u obligaciones representativos de cuotas partes del capital prestado, pudiendo además intervenir en la aceptación de los documentos constitutivos de los contratos respectivos, asumir la personería de los acreedores y responder para con éstos de la exactitud de las estipulaciones que en ellos se contuvieren; el artículo 7º de la misma ley dice textualmente: "En las operaciones a que se refiere el artículo 4º, los establecimientos de crédito que figuran como intermediarios **tendrán el carácter de representantes legales de quienes hayan de ser tenedores de los documentos que se emitan,** en cuanto hagan referencia al estricto cumplimiento de las obligaciones prove-

nientes de los contratos por ellos mismos aceptados".

Y es que la institución del agente fiscal, con la amplitud de poderes con que la concibe la legislación colombiana, hácese necesaria en las operaciones de préstamo con base en la emisión de bonos en los mercados internos o en los mercados internacionales. En los siguientes párrafos que la Corte acoge, expuestos en el alegato presentado para sustentar ante ella el recurso, el distinguido abogado de la entidad ejecutante explica la necesidad de esa institución así:

"Basta considerar la cuantía y forma de la emisión de los bonos de un empréstito, la negociabilidad de tales instrumentos, la cuantía de sus transacciones, su forma de instrumentos al portador, las múltiples gestiones que implica el servicio de sus intereses y del fondo de amortización, las diversas relaciones con la entidad deudora, etc., etc., para comprender que resultaría imposible la ejecución de un contrato de esta naturaleza si el deudor hubiera de entenderse personalmente con todos y cada uno de sus acreedores, y si en cada momento hubiera de exigirse la determinación precisa del nombre y demás características de cada uno de los tenedores de los bonos, o de una parte apreciable de ellos.

"Precisamente por esa circunstancia la experiencia financiera ha demostrado que en todo contrato de empréstito es indispensable la intervención de un tercero que represente legalmente a los tenedores de los bonos para todos los pormenores de la ejecución del contrato, y que permita a la vez al deudor, librarse de las molestias y dificultades incalculables que implicaría el hecho de mantener relaciones directas con cada uno de los tenedores de los bonos. De ahí ha surgido la práctica universal del agente fiscal o fideicomisario, que interviene en la celebración de todo contrato de empréstito, y que por razón del contrato queda investido de plenos poderes para representar al tenedor de los bonos ante la entidad deudora.

"Claro está que las facultades del tenedor de los bonos quedan limitadas por el contrato de agencia fiscal o fideicomiso, pues ya aquél no podrá obrar individualmente según sus propias conveniencias, por los motivos que antes se han expresado, pero esa limitación de sus facultades legales de acreedor las acepta el tenedor del bono al suscribir éste, o el comprador al adquirirlo, puesto que los términos del contrato son conocidos de todos, y en sus aspectos y estipulaciones esenciales figuran en el texto mismo del bono. Cada suscriptor o adquirente de un bono, por ese solo hecho adhhiere al poder pleno conferido en el contrato al agente fiscal".

Por último, para terminar este capítulo, precisa advertir que no es la primera vez que la Corte admite esta solución jurisprudencial. Pues ya en otras ocasiones, y especialmente en fallos de 23 de junio (**Gaceta Judicial,** tomo XLVIII, página 815) y 14 de noviembre de 1939 (**Gaceta Judicial,** tomo XLIX, páginas 149 y siguientes), admitió la capacidad procesal del agente fiscal. En el primero de los fallos aludidos dijo esta misma sala:

"Este hecho de representación de los tenedores por el Agente Fiscal no es una circunstancia únicamente propia de los contratos que se analizan, sino una regla general de observancia en la mayoría de los convenios de empréstitos. La naturaleza de éstos hace indispensable el que los acreedores necesariamente sean representados por una persona o entidad que asuma la personería de ellos frente a la entidad pública deudora. No se comprende cómo un Estado o persona política tuviera que entenderse directamente con millares de poseedores de papeles de deuda en las múltiples relaciones que lo ligan con ellos. Tal exigencia propia de la índole de esas negociaciones se halla consignada en nuestro derecho escrito, en las disposiciones de la ley 51 de 1918, según las cuales en la realización de operaciones de crédito que hayan de llevarse a cabo por medio de emisión de bonos, los establecimientos de crédito que obren co-

mo intermediarios tendrán el carácter de representantes legales de quienes hayan de ser tenedores de los documentos que se emitan, en cuanto haga referencia al estricto cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos por ellos mismos aceptados".

D.—La procedencia de la acción ejecutiva

El ejecutante pide la ejecución de una obligación de hacer, y se acoge para ello al artículo 990 del Código Judicial.

Cuál sea esa obligación lo dice claramente la demanda. La de que el departamento haga el depósito de las cuotas mensuales para el servicio del empréstito correspondientes a los meses de diciembre de 1931 a julio de 1938 en el Banco de Bogotá, debiendo ser cada una de dichas cuotas equivalente a la doceava parte del servicio anual del empréstito, o sea $ 19.916.666, en moneda de los Estados Unidos.

Con esta pretensión, el ejecutante se contrae a obtener el cumplimiento de la cláusula contenida en la **sección segunda,** del **artículo III,** preinserto, en el capítulo B, referente a la obligación que tiene el departamento de tomar de las rentas pignoradas las sumas necesarias para atender mensualmente el servicio del empréstito, depositándolas en el Banco que en Colombia posee el doble carácter de depositario y de intermediario para la remisión a Nueva York en la debida oportunidad de esas cantidades.

La susodicha cláusula tiende a darle desarrollo práctico a la garantía que el departamento otorgó para asegurar el servicio periódico del empréstito, consistente en la llamada prenda de algunas de sus principales rentas. Esa prenda estriba en que mientras existan bonos del empréstito, en circulación, el departamento depositará en una cuenta especial de la entidad bancaria que en la república de Colombia se haya elegido como depositaria, la suma de dinero en moneda de oro americano, mensualmente necesaria, tomándola de las rentas pignoradas a medida que éstas se vayan recaudando, para atender el pago del interés anual, fondo de amortización y demás gastos aplicables a los bonos emitidos y en circulación.

Esta garantía, más bien que prendaria, es la afectación que el departamento se compromete a darle a las rentas pignoradas a un fin especial, que radica en que ellas serán invertidas exclusivamente en servir el empréstito. El contrato accesorio de prenda, de acuerdo con la ley colombiana, que es la ley reguladora del contrato de empréstito, debe versar sobre cosas muebles, y exige la entrega de la cosa del deudor al acreedor. No es prenda, pues, en el sentido legal del vocablo, la promesa que consiste en que con determinados productos se irá a pagar al acreedor un crédito. Allí no hay más que una promesa, obligatoria eso sí para el deudor, porque el compromiso es plenamente válido, como quiera que está dentro de la normalidad jurídica, que una persona física o una persona moral, contraiga la carga de que la renta o productos determinados que espera percibir en el futuro los invierta en pagar una deuda. Si el deudor se obliga así, el efecto vinculante de la convención no es discutible. De manera que si el deudor deja de efectuar la afectación, no entregando oportunamente la renta o el producido previsto, quebranta el contrato, que para él implica una manifiesta limitación de su libertad de disposición sobre esos bienes.

El departamento pues, según el contrato, no puede dejar de hacer el depósito de las rentas pignoradas en poder del depositario. Esa consignación o entrega al depositario, contando con la aprobación del agente fiscal, es ya un pago. Así se deduce, desde que el Banco depositario, según el contrato, debe mantener los dineros que reciba por cuenta del agente fiscal, y mandárselos a la ciudad de Nueva York en la oportunidad debida. Verificada la consignación al depositario de las cuotas respectivas, sobre ellas no vuelve a tener más dominio el departamento; inmediatamente ingresan al fondo que, bajo la supervigilancia y el poder del

agente fiscal, pertenece a los tenedores de bonos, ante quienes el agente fiscal y el Banco depositario tienen el carácter de diputados para recibir, y reciben válidamente.

Esto lleva lógicamente a la conclusión de que la naturaleza del contrato le ofrece al agente fiscal la facultad de compeler al departamento a verificar el depósito en las fechas convenidas, de las rentas pignoradas, cuando quiera que éste omita hacerlo. Porque como está dicho, el depósito representa en realidad el cumplimiento de la obligación de pago del deudor, pues practicado, lo que sigue es obra del agente fiscal para recibir los dineros en Nueva York y atender con ellos el servicio de la deuda, conforme lo estipulado. El contrato mismo prevee la ejecución forzada de la garantía, cuando en la sección 6ª del artículo III del contrato de agencia fiscal, dispone, refiriéndose especial y expresamente al gravamen de la llamada prenda de las rentas, que "el agente fiscal podrá iniciar la acción legal en lo referente al **cobro ejecutivo** de la seguridad otorgada en este contrato".

De consiguiente, en principio no hay inconveniente en que el agente fiscal coactivamente obligue al departamento a que cumpla el deber que contrajo de hacer el depósito mensual de las rentas afectadas por el empréstito.

La ejecución de la garantía pídese como obligación de hacer. Se escoge la vía indicada en el artículo 990 del C. Judicial.

Mas para la sala jurídicamente esa no es en realidad una obligación de hacer. De acuerdo con el concepto legal la obligación de hacer es aquella que tiene por objeto un hecho del deudor, distinto de la entrega de cosas. En la obligación de hacer se espera un resultado especial de la actividad del deudor, comprometida a producir el resultado previsto en el contrato, como el conocido ejemplo del pintor que se obliga a pintar un cuadro, el arquitecto a confeccionar unos planos, etc. En la obligación de entregar, o de **dar**, la actividad del deudor debe encaminarse a verificar la trasmisión a poder del acreedor de alguna cosa; en ella lo perseguido como fin es la adquisición de la cosa, de modo que el **hecho** del deudor para efectuar la entrega es cuestión secundaria, subordinada al verdadero fin en relación con el cual reviste el carácter de **medio** adecuado para conseguirlo.

Indudablemente toda obligación de **entregar o de dar** envuelve una obligación de hacer, cuyo objeto consiste en el hecho o la acción de entregar la cosa debida, mas ello no sirve para calificar la verdadera naturaleza de esta obligación, que se determina por el objetivo que las partes se han propuesto.

Según el contrato de empréstito es cierto que el departamento debe hacer mensualmente el depósito de las rentas pignoradas en poder del depositario. Pero esta operación material se hace con un fin jurídico especial: el de poner a disposición en Colombia del agente fiscal las cantidades de moneda americana, necesarias para la amortización gradual del empréstito y pago de los respectivos intereses. Esta es por ende una pura obligación de entregar o pagar cantidades ciertas de dinero en monedas extranjeras. Cuando el departamento consigna en poder del depositario en Colombia las cuotas fijadas, le **paga** al agente fiscal, quien según el contrato es el delegado de los tenedores de bonos para recibir tales cuotas. El depositario a su turno ha recibido para el agente fiscal.

Empero, el hecho de que el ejecutante pretenda hacer efectivo el depósito de las rentas como si fuera una obligación de hacer, no le quita al acreedor su acción ejecutiva. Este en todo caso lo que desea es que el departamento entregue al Banco de Bogotá, depositario en Colombia de las rentas, las sumas a que está obligado y en mora de pagar. De consiguiente, el error de técnica en que pudo haberse incurrido al pedir, no aminora el derecho invocado, sino que coloca al juzgador en

el deber de reconocerlo según en realidad ese derecho se configura.

El ejecutante juró perjuicios, con el fin de que sobre su valor se adelante la ejecución, en caso de que venza el plazo que el auto ejecutivo señale al ejecutado para efectuar las consignaciones, sin que ellas se hagan. Pero resulta que los tales perjuicios son las mismas sumas debidas las cuales el departamento está en mora de pagar. Lo que conduce a demostrar dos cosas. Primero, que la obligación no es de hacer, pues lo jurado no son perjuicios sino el valor de la obligación principal. Y segundo, que dada la verdadera intención del demandante, hay que estar a ella más que a la forma con que la expone. Corresponde así a la Corte ateniéndose al verdadero carácter de la presentación hacerla efectiva del deudor tal como ella es y no en la forma demandada, de obligación **de hacer.**

Tanto el señor procurador delegado en lo civil como el señor abogado del departamento, se oponen a la ejecución por razones legales. En extensos y eruditos escritos desarrollan la tesis de que el departamento del Tolima no puede hacer el pago, porque se lo prohiben decretos leyes de orden público. Tales son los decretos ejecutivos números 1683, 1723, 1951 de 1931; 2092 también de 1931; 186 de 1932, y concordantes todos expedidos en uso de las atribuciones extraordinarias que al Poder Ejecutivo confió las leyes 99 y 119 de 1931.

Sostienen que las disposiciones reguladoras del control de cambios en Colombia ponen de manifiesto una fuerza mayor comprobada que le impide al departamento servir el empréstito. Como los pagos del empréstito deben realizarse en Nueva York en moneda de oro americano, el departamento carece de acción para hacer libremente las consignaciones en monedas extranjeras de acuerdo con el contrato, porque en Colombia está prohibido el libre comercio de oro y de divisas y monedas extranjeras, por cuya razón el acreedor no puede obligar a cumplir estipulaciones que fueron pactadas en épocas de normalidad económica, y cuando no regían disposiciones que vinieron luégo a suplantar los contratos, por su alcance de leyes imperativas de orden público, de cumplimiento general e inmediato.

Efectivamente el departamento del Tolima contrajo la obligación "en moneda de oro de los Estados Unidos de América", de manera que tanto las consignaciones mensuales que debe efectuar en Colombia en el Banco depositario, como los pagos que el agente fiscal debe cumplir en Nueva York a los tenedores de bonos, corresponde hacerlos en esa clase de moneda, según el contrato.

Es así desde todo punto de vista evidente, que si en Colombia rigieran únicamente las disposiciones orgánicas del control de cambios internacionales y restrictivas del libre comercio de oro, tendrían razón el señor abogado del departamento y el procurador delegado.

Empero, la situación jurídica de los deudores es otra. Ellos hoy no pueden prevalerse de la existencia de aquel régimen legal para exculparse de pagar deudas contraídas en monedas extranjeras ora antes de la limitación del mercado de cambios internacionales, ora después de la limitación, y que legalmente puedan solucionarse en Colombia.

El abogado del agente fiscal, sostiene, y en ello le asiste sobrada razón, que hay igualmente leyes que determinan la manera como esos deudores pueden y deben cumplir sus obligaciones.

A poco tiempo de expedidos los decretos extraordinarios que establecieron el control de cambios internacionales, el legislador apresuróse a dictar normas tendientes a regularizar los pagos de obligaciones contraídas en divisas o monedas extranjeras, con el fin de resguardar debidamente el derecho de los acreedores.

Primero el artículo 2º de la ley 46 de 1933 dispuso que las deudas contraídas en monedas de oro extranjeras se debían pagar en billetes colombianos del Banco

de la República según la paridad intrínseca de tales monedas en relación con el oro colombiano acuñado.

Después modificado el patrón de oro por la ley de estabilización monetaria número 167 de 1938, el artículo 3º de esta ley hizo nuevamente obligatoria la misma regla.

Estas disposiciones son de orden público, y están destinadas a gobernar, salvo las excepciones establecidas por el artículo 14 de la ley 16 de 1936 para el comercio de importación y exportación, los pagos que deban o puedan cumplirse en Colombia.

Siendo el pago la única y verdadera operación por la cual la moneda realiza integralmente su función, la ley del territorio escogida por el contrato para esta operación es a la que le corresponde decidir sobre el alcance de las cláusulas monetarias de pago. "La ley del lugar del pago regula la validez de la moneda de pago", dicen los doctrinantes.

De consiguiente, las estipulaciones de salvaguardia monetaria, contenidas en el contrato de empréstito, destinadas a prevenir la solución de la deuda en "moneda de oro de los Estados Unidos de América del mismo peso y ley corrientes el 1º de noviembre de 1927" necesariamente tienen que subordinarse a la ley colombiana, en cuanto el pago pueda hacerse por el contrato en Colombia y se pida en Colombia.

Vióse antes cómo las consignaciones que el departamento le haga al agente fiscal, con la aprobación de éste, de las cuotas mensuales del servicio del empréstito, y por conducto del Banco que en Colombia tiene la función de recibir esas cuotas, consuman el pago.

Claro que el agente fiscal, también por los términos del contrato, tiene opción para exigir que el pago se sitúe en Nueva York, remesando la moneda que allí sea necesaria para cancelar el crédito. Si eso se hubiera demandado, surgirían entonces los graves problemas e inconvenientes provenientes de las leyes de control de cambios internacionales existentes en Colombia, planteados por el señor abogado del departamento en su inteligente alegato presentado a la Corte para pedir la confirmación del auto apelado, y que ponen cortapisas al envío de dineros al exterior así por los particulares como por las mismas entidades oficiales.

Empero, el pago no se pide con remisión de fondos a Nueva York. Se pide para computarlo en Colombia, y eso es posible, vuelve a repetirse, según como el contrato describe el mecanismo para satisfacer las obligaciones del deudor. Siendo así la ley colombiana regula la validez de la moneda de pago. A lo que se agrega que el contrato una y otra vez reitera que todo "recurso o reclamo contra el departamento será decidido por los tribunales colombianos y de conformidad con las leyes de la república de Colombia". Por anticipado pues las partes decidieron cuál debe ser la ley del contrato en todas sus manifestaciones.

Sentado lo anterior bien claro se ve ya, por qué razón las cláusulas de salvaguardia monetaria del contrato de empréstito, estipuladas en época de normalidad económica, pierden toda eficacia ante el régimen monetario actual de la república de Colombia, impuesto por las urgencias de una nueva e inesperada época de inquietud que ha llevado a todos los países, inclusive los Estados Unidos, a controlar severamente y aun a modificar sus signos de cambio en el afán de conjurar la de otra manera inevitable bancarrota de la riqueza de sus respectivos pueblos.

Ni en los Estados Unidos, de verificarse allí el pago, las cláusulas de garantía monetaria podrían cumplirse como se pactaron. Es bien sabido que en Norteamérica el dollar está devaluado. La "Gold Reserve Act" de 1934 (ley monetaria) autorizó al ejecutivo para modificar el valor intrínseco oro del dollar hasta en un 40%; y en virtud de dicha autorización el presidente Roosevelt fijó el nuevo dollar oro en 15 5/25 gramos de fino de nueve décimos, en lugar de 25 8/10 que tenía anteriormente.

Como la ley americana no mantuvo el

valor del dollar antiguo para las obligaciones contraídas antes de la devaluación, se planteó la necesidad de establecer si la ley tenía carácter absoluto, imponiendo el nuevo talón monetario aun en los créditos del pasado, o si la ley a pesar de sus estipulaciones terminantes sólo podía referirse al futuro de las convenciones.

Llevado el asunto a los tribunales de justicia, conoció de él en última instancia, la Corte Suprema de los Estados Unidos y sostuvo la constitucionalidad de la ley en cuanto debía entenderse regulando sin excepción todos los contratos así pasados como futuros.

Empero, no obstante el anterior régimen jurídico imperante en los Estados Unidos, cuando quiera que en Colombia se quiera establecer el valor intrínseco del dollar oro, en relación con el peso oro colombiano acuñado, no se puede tener en cuenta el dollar devaluado, para las obligaciones contraídas antes de la devaluación. En Colombia, por disposición legal expresa, en esas obligaciones el dollar conserva su valor antiguo. Es decir, lo contrario de lo que la jurisprudencia americana ha establecido para su propia moneda. El artículo 3º, inciso 2º, de la ley 167 de 1938, es una disposición general, comprensiva de toda clase de monedas. inclusive el peso oro colombiano; dice:

"Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado o en moneda legal colombiana, se solventarán a la par con billetes nacionales representativos de oro o billetes del Banco de la República. Las contraídas en **otras monedas de oro** se convertirán a pesos de oro colombiano acuñado, **tomando por base el peso y la ley de éstos y de aquéllas en la fecha en que se contrajo la obligación,** y se pagarán a la par en los mismos billetes por lo que resulte de dicha conversión".

Como la obligación en cobro se contrajo en noviembre de 1927, son el valor intrínseco del dollar oro antiguo, y el valor intrínseco del peso oro colombiano, también antiguo — porque el patrón de oro colombiano también fue devaluado por el artículo primero de la citada ley 167 de 1938 —los dos extremos de la relación que hay que considerar para hacer la respectiva conversión del crédito a moneda colombiana. Es una simple operación mecánica, cuyas bases están señaladas en la ley.

En conclusión. Todo lo expuesto anteriormente está demostrando que reuniendo como reúne la obligación en cobro, los requisitos dispuestos por el artículo 982 del C. Judicial, la ejecución prospera, pero con el verdadero carácter de obligación de pagar que ella tiene.

Resolución

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º Revocar el auto apelado dictado en este negocio por el tribunal superior de Ibagué;

2º Librar orden de pago por la vía ejecutiva contra la entidad de derecho público denominada "Departamento del Tolima", y a favor de The Marine Midland Trust Company of New York, en su calidad de agente fiscal del contrato de empréstito de dicho departamento, de fecha primero de noviembre de mil novecientos veintisiete (1927), para que pague al agente fiscal como representante de los tenedores de los bonos de dicho empréstito las cantidades demandadas; pago que se hará mediante el depósito, inmediatamente, en el Banco de Bogotá, de la ciudad de Bogotá, de las cuotas mensuales para el servicio del empréstito correspondientes a los meses de diciembre de 1931 a julio de 1938, debiendo ser cada una de dichas cuotas equivalente a la doceava parte del servicio anual del empréstito, o sea, de diez y nueve mil novecientos diez y seis dollars con seiscientos sesenta y

seis milésimos de dollar (19,916.666) en moneda de los Estados Unidos de América, moneda que por virtud del artículo 3º, inciso 2º de la ley colombiana número 167 de 1938 se debe convertir y pagar en billetes colombianos, representativos de oro, sobre las bases de conversión fijadas en la mencionada norma.

Notifíquese esta orden al señor fiscal del tribunal superior de Ibagué, como representante del departamento, con la intimación de que nombre secuestre y avaluador de los bienes que haya lugar a embargarle a la entidad ejecutada, con advertencia de que si no los nombra en el acto de la notificación, o nombra a individuos ausentes, o que no quieran, o que no puedan aceptar, los nombrará el tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta— Manuel Pineda Garrido, Srio.

AVISO DE EXPLORACION EN BUSCA DE PETROLEO — SISTEMAS DE CONCESION ANTERIOR DE LAS TIERRAS BALDIAS— ENAJENACIONES DE TIERRAS ENTRE PARTICULARES ANTES DE LA LEY DE 1821 Y SU ALCANCE — INTERPRETACION DE LA LEY 200 DE 1936 EN CUANTO A LA PROPIEDAD DEL SUBSUELO PETR OLIFERO

1. Conforme el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, es indispensable "la determinación precisa del terreno de que se trata". — 2. No obstante la doctrina sentada en sentencia de fecha 1º de diciembre del año pasado, la Corte sostiene hoy que la Ley de 11 de octubre de 1821 no reconoció un nuevo título de propiedad particular en contra del Estado, con efectos al pasado. Parece notorio que el pensamiento que dominó en la redacción del artículo primero de esta ley fue el de comprender bajo el concepto de baldíos enajenables todas las tierras que se habían reputado como de la regalía de la Corona Española, es decir, las que no habían sido materia de enajenaciones directas por venta, merced, composición, etc., o que habiéndolo sido habían vuelto al dominio público, conforme a la legislación anterior. Inclusive las tierras pobladas y cultivadas de tiempo inmemorial, y no amparadas por título del Estado, se reputaron como no enajenadas por él, y por ende comprendidas en el concepto general de baldíos, según se deduce de los términos del artículo 5º de esa misma ley, según el cual ni las posesiones de origen remoto fueron reconocidas por sí solas como título de adquisición, pues tenían que complementarlo "sacando el título" entre los poseedores de tiempo inmemorial de que habla el artículo 5º estaban incluídos muchos quizá casi todos, de los que fundaban su propiedad en adquisiciones derivadas de "compras sucesivas u otros títulos", entre particulares, de que habla el artículo 14. De manera que ni los poseedores de tiempo inmemorial podían escapar a la aplicación del artículo 5º Según esto resulta jurídicamente inexplicable el alcance que se le atribuye al artículo 14 de la ley en el sentido de que esa disposición reconoció como de propiedad privada, y no del Estado, las tierras rurales adquiridas meramente por compras sucesivas u otros títulos, otorgados entre particulares. De que la disposición estatuyera una formalidad que en caso de negligencia de los propietarios sería cumplida por el gobierno a costa de aquellos, en manera alguna se deducía que el Estado se desprendió del derecho de dominio que sin discusión le pertenecía, para conferírselo a los particulares poseedores. Así, pues, la ley citada está lejos de consagrar la propiedad privada de determinadas tierras, que la Nación no había enajenado. Por tanto, los baldíos ocupados por títulos de adquisición corridos solamente entre particulares siguieron perteneciendo a la república, y con ellos el subsuelo correspondiente, porque en la legislación española dominaba el principio tradicional de derecho romano de que *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum*. De ahí que cuando el monarca español concedía mercedes, composiciones, o vendía tierras realengas de sus colonias de Indias, el subsuelo también era implícitamente enajenado, salvo los *mineros* de oro, plata y azogue que se reservaron para el patrimonio de la Corona, según lo or-

denado por el rey Felipe II. — 4. La interpretación que con autoridad hizo la ley 200 de 1936 de la del año de 1821 sólo se refiere a la superficie de las tierras y no al subsuelo, según se desprende del artículo 5º de aquella.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veinticinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

CAPITULO 1º

El señor Hendry Stuart Mackenzie Burns con el carácter de gerente principal en ejercicio de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sociedad anónima domiciliada en Bogotá y constituída por escritura número 2762 de fecha 6 de noviembre de 1936, extendida en la notaría 4ª de la misma ciudad, en ejercicio del derecho otorgado por el artículo 6º de la ley 160 de 1936, dio aviso al ministerio de la Economía Nacional, del propósito que abrigaba la compañía de efectuar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleos de propiedad particular, en los lotes denominados "La Estrella" y "La Toma" que forman parte integrante de la hacienda generalmente conocida con el nombre de "El Palmar", ubicados ambos lotes en la comprensión del distrito municipal de Mariquita. La compañía da el aviso en desarrollo de lo estipulado en la cláusula 4ª del contrato que ella celebró con el propietario de los inmuebles, señor Moisés Aguirre R., constante en escrituras públicas números 120 de 5 de marzo de 1938 de la notaría de Honda y 1600 de 11 de junio de 1938, de la notaría 4ª de Bogotá.

El avisante presentó los documentos y plano que estimó necesarios de acuerdo con la ley; el ministerio ordenó ampliar un certificado del registrador de instrumentos públicos. Llenada esta exigencia fue oído el concepto del señor procurador general de la nación, según lo dispuesto en el precepto legal arriba citado. Este funcionario opinó que la compañía avisante no había acreditado que el petróleo que pueda existir en los terrenos por ella designados, sea de propiedad particular, porque entre los títulos presentados no hay ninguno emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ni tampoco documentos públicos de origen oficial que acrediten su existencia. Del mismo concepto fue la Junta Asesora de Petróleos.

Con estos antecedentes el ministerio en resolución de fecha 12 de abril de 1938 determinó que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia decidiera si es o no fundada la pretensión de la compañía avisante. Fundóse en que para ese despacho las pruebas aducidas con el fin de acreditar la propiedad privada del petróleo, anteriores al 28 de octubre de 1873, sólo consisten en títulos entre particulares, siendo de advertir que los anteriores a la ley de 11 de octubre de 1821, aunque se les diera el carácter de emanados del Estado, no podrían considerarse idóneos administrativamente para establecer que los determinados terrenos del aviso salieran por su virtud del patrimonio nacional, ya que tales títulos (en parte destruídos por la acción del tiempo) son muy imprecisos, vagos e incompletos.

A virtud de lo dispuesto por el ministerio el asunto vino a esta Sala de Negocios Generales de la Corte. Aquí se sometió, conforme a la ley, a la tramitación del juicio sumario con traslados y términos de prueba. Agotada esa tramitación con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, incumbe determinar si es o no fundada la pretensión de la compañía de que, según la documentación que obra en el proceso, el petróleo que pueda existir en las tierras designadas es de propiedad particular.

CAPITULO 2º

Determinación de los terrenos del aviso.

El artículo 7º de la ley 160 de 1936 exi-

ge, entre los requisitos necesarios para que el gobierno pueda declarar cumplida la formalidad del aviso de exploración sobre terrenos particulares en busca de petróleo de propiedad privada, "la determinación precisa del terreno de que se trata".

Para cumplir con esta formalidad la compañía avisante determina así en el memorial de propuesta los dos lotes que se propone explorar:

"b) Los lotes llamados "La Estrella" y 'La Toma', contratados, son de propiedad del señor Moisés Aguirre R., están ubicados en el municipio de Mariquita, en el Departamento del Tolima, y el lote de la "Estrella" tiene una extensión de cuatrocientas cincuenta y cinco (455) hectáreas y el de la "Toma" una de setenta y una (71) hectáreas cuatro mil (4000) metros cuadrados, según el plano;

"c) El lote llamado "La Estrella", que forma parte de la finca denominada "El Palmar", está alinderado así: "Por el lado de Mariquita, desde donde nace la quebrada de Rabo de Gallo en el cerro de Penagos o Caracolí, aguas abajo hasta la punta del cerro de El Fraile, y ésta, tomando línea recta al cerro que divide el llano de Padilla del de La Estrella; éste arriba hasta el primer lindero mencionado de la quebrada de Rabo de Gallo abrazando una loma alta que pende del cerro de Penagos". Dentro de estos linderos generales queda comprendido el lote marcado con la letra b) en la cláusula segunda (2ª) del contrato en referencia, que fue adquirido por Moisés Aguirre por compra a Manuel María Ospina, según escritura número 291 de 19 de mayo de 1937, de la Notaría de Honda;

"d) El lote denominado "La Toma", que forma parte de la finca llamada "El Palmar", está alinderado así: "Partiendo de la puerta de entrada a la hacienda de "La Estrella" en la quebrada de Rabo de Gallo, o sea un punto distante setecientos (700) metros línea recta de la punta de la loma con que termina el cerro de El Fraile; quebrada de Rabo de Gallo abajo, hasta su confluencia con la quebrada o zanja del Vainillo; ésta arriba hasta encontrar la cerca medianera entre este lote y la hacienda de Peñas Blancas, y siguiendo esta cerca hacia el sur, hasta la puerta de entrada a "La Estrella', primer lindero".

Los dos lotes descritos aparecen localizados en el plano acompañado al aviso".

Además, en una inspección ocular practicada por la Sala durante el término de prueba los dos lotes fueron reconocidos por sus linderos e identificados.

CAPITULO 3º

De cómo estima la Compañía avisante que en el presente caso ha comprobado la propiedad privada del petróleo.

El apoderado de la Compañía sostiene que en el presente caso ésta ha podido presentar tres grupos distintos de títulos originales o emanados del Estado, de los cuales cualquiera de ellos es por sí solo suficiente para cumplir con el requisito exigido por el numeral a) del artículo 7º de la ley 160 de 1936.

Estos tres grupos los concreta así:

"Primer grupo: Lo constituyen todos aquellos títulos emanados directamente de la corona española o sean los relacionados en el numeral 1º de este capítulo.

"Segundo grupo: Lo constituyen todas las escrituras públicas que encierran contratos entre particulares con anterioridad al 11 de octubre de 1821, que figuran en los numerales 2 a 6 de este capítulo, y los cuales de acuerdo con la ley 13 de octubre de 1821 y la docta jurisprudencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia a que me he referido anteriormente, son verdaderos títulos emanados del Estado.

"Tercer grupo: Lo constituye la escritura sin número de 23 de agosto de 1830, otorgada en Mariquita, de que habla el punto 7º de este capítulo, que encierra la venta del padre Francisco Vargas a José María Barrionuevo de las Tierras del Surco, que pertenecían a la escuela de primeras letras de Mariquita y habían sido del

convento suprimido de Santo Domingo, pues por las leyes de 6 de agosto de 1821, y el decreto del General Santander de 21 de diciembre de 1822, sobre supresión de los conventos menores y adjudicación de sus propiedades a las escuelas de primeras letras, se hizo en realidad de verdad una enajenación por parte del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, que es la fecha de la reserva del subsuelo en toda enajenación de bienes que pertenecían al patrimonio nacional".

La Corte en orden procede al examen de cada uno de los tres grupos de títulos, con el objeto de establecer en qué grado es admisible su fuerza probatoria, y hasta dónde son ciertas las tesis del demandante.

CAPITULO 4º

Enajenación directa de las tierras materia del aviso por el sistema de composición.

Los documentos en que se hace consistir este primer grupo de títulos y a que alude el demandante, encuéntranse en una copia expedida por el señor jefe del Archivo Histórico Nacional, tomada del expediente denominado **"Autos obrados en esta ciudad de Mariquita por la justicia ordinaria en virtud de despacho del señor Oidor Juez privativo de tierras y sus composiciones de este reino".**

Según el demandante los diversos documentos que se pueden leer en esta copia, comprueban la composición a que fueron sometidas las tierras denominadas El Surco, de donde proviene el origen remoto de los lotes de La Toma y La Estrella, materia hoy del aviso de exploración. Como por el sistema llamado de "composición" el Estado español trasmitía la propiedad de las tierras del real patrimonio, de aquellos documentos se infiere que desde su otorgamiento el suelo y el subsuelo de las tierras mencionadas pasó a ser del dominio particular.

La Sala considera:

La actuación más antigua que se encuentra en la copia es una "Repartición y avaluación de las estancias de la jurisdicción de la ciudad de San Sebastián de Mariquita", hecha por el alcalde Antonio Verdugo Coello, el tesorero Juan de Castrillo, el procurador general de dicha ciudad Andrés Caro Velásquez, y el visitador Antonio Henríquez de San Isidro, quienes según afirman hacen la repartición por comisión del "cabildo, justicia y regimiento de esta ciudad", y de conformidad con las cédulas del Rey. Esta actuación está fechada el 10 de marzo de 1637; pero en la copia traída al expediente sólo figura lo pertinente al avalúo de la estancia de Domingo García, denominada Sierra Picota.

Después figura la copia de una circular dada en Santa Fe el primero de diciembre del año de 1720, por José de Quintana y Acevedo "del Consejo de Su Magestad, su oidor y alcalde de corte de esta real Audiencia y juez privativo de tierras y sus composiciones de este Reino", circular dirigida a los "Gobernadores, Corregidores y demás justicias, para que hagan que los jueces a quienes se hubieren subdelegado dichas comisiones de tierras, cesen en el ejercicio de ellas y den cuenta con toda individualidad y claridad de lo que hubieren ejecutado y efectos que hubieren percibido y que lo ejecuten dentro del término de la ordenanza".

La circular anterior se publicó por bando en Mariquita, según lo hace constar en diligencia especial el alcalde ordinario de primer voto, capitán Juan Santos Marcos Martínez.

El 26 de enero de 1722 se reunió el cabildo de Mariquita, compuesto por el citado Martínez, don Domingo Alvarez del Rón, alcalde provincial, y Agustín Méndez Cortés, procurador general de la ciudad; enterados oficialmente del contenido de la circular, determinaron que se sacara testimonio de todas las reparticiones de tierras que se habían hecho en Mariquita desde el siglo anterior, "para que el señor procurador general de esta ciudad en nombre de ella represente lo referido

al dicho señor juez privativo de causas de tierras y sus composiciones, suplicándole se sirva con vista de dicho testimonio declare por libres de otra composición todas las tierras de esta ciudad y su jurisdicción por no deberse cosa alguna a su magestad por esta razón".

Existe en seguida un memorial dirigido al señor juez de tierras por don Baltasar Antonio Moreira, con el que éste presenta sus títulos sobre las tierras de "El Surco", que había comprado a Juan Antonio Santos y a don Joseph Santos, de las cuales se encontraban pagados los derechos de composición y alcabalas, pidiendo que se le tengan por registradas, se las declare libres de todo gravamen y al memorialista Moreira como dueño de ellas; y el auto subsiguiente del señor Joseph Berrueco Samaniego, dictado en su calidad de "ministro del número del santo tribunal y juez privativo de tierras, sus ventas y composiciones de esta villa y ciudad de Mariquita y sus jurisdicciones", en Honda el 18 de noviembre de 1749, por medio del cual se aprobaron los documentos presentados con el memorial anterior y se decretó el amparo del propietario en las tierras que poseía por los linderos que entonces tuvieran.

Dos objeciones merece la documentación relacionada:

Primera.—Está llena de tántas lagunas y del tal vaguedad, que de su contenido no puede salir la certidumbre necesaria para concluir que las piezas anteriores al auto del juez Berrueco Samaniego sean las constitutivas de la composición a que dicho juez se refiere. De la atenta lectura de dichas piezas se coligen que son actos dispersos, de distintas épocas y de carácter general orginarios de las autoridades coloniales de Mariquita, tendientes a recabar de las autoridades respectivas superiores la composición de las tierras de dicha villa. De consiguiente, fuera del auto de aquel funcionario, en que vagamente alude a la composición de las tierras de El Surco no hay otro documento que acredite que efectivamente dichas tierras, fueron adjudicadas por composición a don Baltasar de Moreira o a otro de sus antecedentes, siguiendo el reglamento de las Reales Pragmáticas.

Segunda.— De otra parte es evidente lo que sobre la expresada prueba dice el señor procurador delegado en lo civil ante la Corte:

"Entre las otras pruebas traídas al proceso por la Compañía avisadora figura en copia la documentación visible a fls. 15 a 22 del cuaderno número 3, expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional. Dicha documentación da cuenta de actos oficiales de atribución y reconocimiento de propiedades privadas en el Municipio de Mariquita, en la época de la Colonia, pero con tal indeterminación y vaguedad en cuanto a los inmuebles, que se llega al mismo resultado negativo en orden a la prueba plena del hecho fundamental de que se ha venido hablando, a saber: que los inmuebles materia del aviso son los mismos a que se refieren los títulos antiguos o forman parte de ellos".

CAPITULO 5º

Enajenación directa por el estado de las tierras materia del aviso en el año de 1830.

La escritura en que se cree ver una enajenación directa a particulares hecha ya por la recién constituída república de Colombia, de las tierras en el instrumento deslindadas, es la de fecha 23 de agosto de 1830 otorgada en Mariquita por medio de la cual el Padre Francisco Vargas, Guardián del Convento de San Francisco, trasmitió a censo redimible al señor José María Barrionuevo, "un derecho de tierras nominadas El Sucre, que están en las inmediaciones de esta dicha ciudad, que eran de don Nicolás Jaime ya difunto, y por los linderos que constan en la escritura que le otorgó de venta don Salvador Andrés García también ya difunto, al expresar Jaime en 17 de marzo de 1795". Indican los otorgantes que Nicolás Jaime había cedido estas tierras al convento de Santo Domingo y que a la fecha

de la escritura pertenecía a las Escuelas de Primeras Letras de la ciudad de Mariquita, por disposición del Supremo Gobierno.

Se sostiene que perteneciendo las tierras materia de la venta a las Escuelas de Primeras Letras de Mariquita, en virtud de la supresión de los conventos menores hecha el 6 de agosto de 1821 y por el decreto del general Santander de 21 de diciembre de 1822, y adjudicación de sus bienes a la instrucción pública, el padre Vargas enajenó un bien de propiedad del Estado y con él el subsuelo correspondiente.

Se observa:

La escritura nada prueba en contra del Estado. La afirmación que se hace por los otorgantes del instrumento de que la finca materia de la enajenación había sido de propiedad del convento de Santo Domingo, no pasa de ser un testimonio, que no está respaldado por la realidad del título en que tal hecho conste. Además, aun dando por válido aquel testimonio, todavía estaría pendiente lo relativo a saber si el bien era del convento de Santo Domingo en la época en que entró en vigencia la supresión de los conventos menores.

Y probado todo lo anterior había que demostrar luégo que el Padre Vargas obró en la venta que le hizo a Barrionuevo con la debida autorización del Estado. Sin que se acredite la legítima facultad que el Padre Vargas tenía para disponer de un bien de los pertenecientes a la instrucción pública de la nación, no puede asegurarse que el título fuera otorgado por la nación. Esto parece claro.

CAPITULO 6º

La Ley 11 de octubre de 1821 como origen de algunas propiedades particulares.

Descartado el título emanado directamente del Estado español, o de la república, resta por averiguar qué efecto producen los demás títulos presentados, de origen colonial, sobre la base, que la Corte acepta en vía de hipótesis para simplificar la discusión, que en su conjunto los títulos más antiguos comprobaran, como lo sostiene el avisante, trasmisiones entre particulares, efectuadas con anterioridad al año de 1821 de las tierras "El Surco", alinderadas en algunas de esas escrituras.

En semejante supuesto, se pregunta, ¿esos actos realizados en la época colonial, operarían el fenómeno de que las tierras sobre que recayeron ingresaran al dominio particular por virtud de la ley de 11 de octubre de 1821?

En dos anteriores fallos de esta misma sala, la Corte aceptó que la mencionada ley, dictada sobre enajenación de tierras baldías, reconoció que las tierras adquiridas por los particulares con anterioridad a ella, provenientes de "ventas sucesivas u otros títulos", perdieron su carácter de baldíos, habiendo salido con el subsuelo del patrimonio del Estado, para ingresar al patrimonio individual de los titulares en aquella época de esas tierras. La sentencia de fecha 1º de diciembre del año próximo pasado (Gaceta Judicial números 1955 y 1956, página 327), sentó esa doctrina, repetida luégo en otro fallo. Entonces se dijo:

"La ley de 11 de octubre de 1821 (número 60 de orden en la Codificación Nacional), fue la primera que se dictó sobre baldíos con el fin de fomentar la agricultura, la enajenación de baldíos a precios cómodos y la conveniente separación del patrimonio nacional del de los particulares. Para este último fin se ordenó levantar planos de las propiedades por los agrimensores de las provincias, "con expresión de las fanegadas, estancias, celemines o cuartillos de tierra de que conste la propiedad territorial", diligencias que jamás se practicaron.

"En la ley mencionada se reconoció una situación de hecho: la del dominio particular de las tierras adquiridas por merced o composición o por compras sucesivas u otros títulos. Por consiguiente, en el estudio de los títulos que tienen una procedencia remota, debe aceptarse ese hecho, como una base jurídica o como un punto de partida necesario para aclarar

en una forma definitiva una cuestión que ha sido materia de innumerables dificultades. Así lo hizo la comisión del Senado, según los antecedentes de la última ley del petróleo y también el Congreso Nacional al expedir la Ley 200 de 1936, que establece en su artículo 4º que el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno podrá acreditarse, en una de estas formas:

"a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

"b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado; y

"c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821'.

"Las oficinas de agrimensura no se crearon, según la investigación hecha por varios expositores, y en ninguna oficina se conservan registros hechos de conformidad con aquella ley, que posiblemente en esta parte se quedó escrita, por causa de las dificultades de orden fiscal que atravesaba la República en la primera época de su organización. Por consiguiente, no es posible hacer recaer hoy, después de más de un siglo de expedida dicha ley, la sanción de reincorporar al dominio de la República las tierras adquiridas por merced o composición cuyos títulos no fueron registrados en las oficinas de agrimensura, y mucho menos sobre las tierras adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, respecto de las cuales sólo se disponía que el registro se haría practicar por el Gobierno a expensas de los propietarios".

Empero, la Corte ahora, después de nuevo y maduro examen del problema, llega a conclusiones diferentes, por las razones que a continuación se expresan.

La ley mencionada, la primera que se dictó en la república sobre tierras baldías, obedeció, según sus tres considerandos, primero, a que uno de los deberes primordiales del Estado es fomentar la agricultura por cuantos medios estén a su alcance; segundo, a que la enajenación de tierras baldías a precios cómodos y equitativos, contribuye poderosamente a tan importante objeto; y tercero, a que los productos de la enajenación de tierras baldías que luégo entra a ordenar la ley, son necesarios para cubrir los inmensos gastos de la naciente república.

El artículo primero de la ley que es como el pilar de todos los subsiguientes, que tienden a desarrollarlo, dispone que "en lo sucesivo podrán enajenarse, así en las provincias marítimas como en las del interior, las tierras baldías que no han sido concedidas antes a persona alguna, o que habiéndolo sido por composición, han vuelto al dominio de la república, según lo dispuesto en las leyes anteriores".

De esta orden sólo se exceptúan, según el artículo 2º, las tierras de comunidad de indios y de los pastos y ejidos de villas y ciudades.

Según el artículo 4º, los que se hallaban en posesión de tierras baldías con casas y labranzas en ellas, sin título ninguno de propiedad, serían preferidas en las ventas, siempre que en concurrencia con otro comprador se allanaran a pagar el mismo precio que se ofrecía por ellas.

El artículo 5º dispuso: "Los que poseyesen tierras baldías de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción, deberán concurrir en el término perentorio de un año a sacar sus títulos de propiedad, debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la república las expresadas tierras aunque estén pobladas o cultivadas".

Los artículos 12, 13 y 14 dicen en su orden:

"Artículo 12.—Se creará en la capital de la República una oficina de agrimensura general, y una particular en cada Provincia, en que se registren las propiedades rurales de todos los ciudadanos y extranjeros residentes en las expresadas Provincias.

"Artículo 13.—Dentro de cuatro años, contados desde la publicación de la presente ley, todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán re-

gistrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada Provincia, y desde este tiempo ningún Juez y Escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que se acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

"Artículo 14. — Si pasados los cuatro años, los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras, si fueren adquiridas por merced o composición, se reincorporarán al dominio de la República, y si fueren adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios".

Con base en el artículo 14 trascrito también se argumenta más o menos así:

Los legisladores de 1821 considerando que las ventas sucesivas entre particulares, u otros títulos anteriores a ese año, algún derecho habían creado en favor de las tierras materia de aquellas enajenaciones, resolvieron aceptar la situación de hecho de los respectivos poseedores, haciéndole producir a ese hecho efectos semejantes al del sistema de enajenación por merced o composición. Unos y otros poseedores se consideraron poseedores de tierras de que el Estado se había desprendido. Con esta diferencia bien notoria: que los que habían adquirido por compras o a otros títulos fueron tratados menos severamente que los que derivaban su propiedad de merced o composición. Porque los últimos estaban obligados a efectuar el registro de sus títulos en el término de los cuatro años bajo pena de reversión al patrimonio público del derecho de propiedad que se les había concedido por merced o composición. En cambio, los primeros más benévolamente mirados, nada perdían con su negligencia, porque el gobierno haría practicar los registros a expensas de los propietarios.

Conclusión que se saca de este razonamiento y del que había hecho antes la Corte: que la ley cuestionada reconoció un nuevo título de propiedad particular territorial en contra del Estado, con efectos al pasado; las tierras realengas que habían sido objeto de ventas sucesivas u otras enajenaciones entre particulares, se reputaron como si la república las hubiese enajenado. Conclusión que se dice plenamente confirmada con el ordinal c) del artículo 4º de la ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, el cual reviste los títulos traslaticios de dominio otorgados entre particulares con anterioridad a la expedición de la ley de 11 de octubre de 1821, del carácter de plena prueba para acreditar la propiedad privada sobre el respectivo globo de tierra.

Empero, ni la premisa ni la conclusión son aceptables después de una atenta consideración del ordenamiento del congreso de Cúcuta y de fijar el alcance de la ley de tierras.

Es sostenible uno de los fines que se persiguieron con la expedición de la ley por el congreso de 1821. De las disposiciones trascritas y de otras de la misma ley, salta a la vista que se quiso obligar a todos los propietarios y poseedores de tierras del Estado, sin ninguna excepción, a presentar ante las respectivas autoridades los títulos de propiedad con que estaban poseyendo. La nación poníase así en capacidad de conocer y determinar cuáles eran las tierras de que se había desprendido. Las oficinas de agrimensura se crearon para empadronar todas las propiedades rurales de todos los colombianos y extranjeros residentes en la república. Los que no hicieran el empadronamiento quedaban sometidos a la pérdida de sus derechos. Al cabo de los pocos años, y de haber tenido eficaz cumplimiento la nueva organización, el Estado habría adquirido un seguro medio para establecer la estadística de la propiedad territorial en Colombia, y la extensión de la propiedad que estaba ocupada por los particulares, con lo cual podía conocer también la extensión de las tierras que podían ser vendidas como baldíos, según la ley. Desgraciadamente parece que por falta de recursos las oficinas de agrimensura no pudieron organizarse, pues revisada toda la colección de leyes y decretos correspon-

dientes a los subsiguientes años de la Gran Colombia, no existe ninguna disposición que vuelva a referirse a ellas. La ley, pues, no pudo tener cumplimiento en cuanto al registro. Por tanto sobre los particulares tampoco pudo pesar la obligación de realizar lo que la ley ordenaba en esa materia.

El sentido de la ley es de rigor contra todos los poseedores de tierras tituladas o no tituladas. Inclusive contra los que habían adquirido la propiedad por "ventas sucesivas u otros títulos", los cuales no podían eludir el registro, pues si no lo hacían, el gobierno lo haría practicar a expensas de ellos.

El artículo primero de la ley es de amplia significación para ilustrar el alcance de sus demás disposiciones. Facultó la venta de tierras baldías "que no han sido **antes concedidas a persona alguna,** o que **habiéndolo sido por composición**" habían vuelto al dominio de la república según las leyes anteriores. De manera que las tierras baldías que no habían sido antes **concedidas** a persona alguna, podían ser enajenadas como de propiedad del Estado, aun las de antigua explotación, conforme va a comprobarse luégo.

¿Cómo se **concedían** antes las tierras baldías? El Estado las otorgaba por **merced, remate, venta,** o por el sistema de **composición.** Los tres primeros eran métodos según los cuales el monarca español, por sí, o por medio de sus delegados, enajenaba directamente a los particulares las tierras de sus dominios. La **composición** consistía en que se exigía a los particulares que poseyeran tierras la exhibición de los títulos en cuya virtud poseían; si el título era suficiente se confirmaba la posesión; si se estimaba insuficiente había que pagar un derecho de composición moderado, de acuerdo con el valor de la tierra, a fin de obtener la confirmación y evitar que la tierra se reincorporase al patrimonio fiscal. La composición, en último término era decidida por el propio Rey, quien después delegó esta facultad en los virreyes o presidentes de las audiencias de las respectivas colonias.

Las tierras concedidas por los sistemas antedichos salían del patrimonio de la Corona e ingresaban al dominio privado de la persona beneficiada. La propiedad de las tierras que no habían sido objeto de tales enajenaciones constituían una regalía de la Corona, regalía que con la emancipación de las colonias españolas, heredaron naturalmente las nuevas nacionalidades.

De consiguiente, parece notorio que el pensamiento que dominó en la redacción del artículo primero, fue el de comprender bajo el concepto de baldíos enajenables todas las tierras que se habían reputado como de la regalía de la Corona española, es decir, las que no habían sido materia de enajenaciones directas por venta, merced, composición, etc., o que habiéndolo sido, habían vuelto al dominio público, conforme la legislación anterior.

Inclusive las tierras pobladas y cultivadas de tiempo inmemorial, y no amparadas por un título del Estado, se reputaron como no enajenadas por él, y por ende comprendidas en el concepto general de baldíos. Pruébalo superabundantemente el contenido del artículo 5º que obligó a tal clase de poseedores a sacar en el término de un año **sus títulos de propiedad,** "debiendo si no lo hicieren, volver al dominio de la República las expresadas tierras aunque estén **pobladas** o **cultivadas**".

De manera que ni aun las posesiones de origen remoto fueron reconocidas por sí solas como título de adquisición; pues tenían que complementarlo "sacando el título"; el artículo no indica cómo se cumplía esa formalidad; pero es natural que fuera mediante algún acto expreso de autoridad, en que se reconociera que el poseedor había adquirido el dominio de lo poseído.

Es indudable que entre estos poseedores de tiempo inmemorial de que habla el artículo 5º, estaban incluídos muchos, quizá casi todos, de los que fundaban su propiedad en adquisiciones derivadas de "compras sucesivas u otros títulos", en-

tre particulares, de que habla el tan nombrado artículo 14 de la ley. No podía ser de otra manera dado que la posesión inmemorial tenía necesariamente que comprender posesiones que se habían trasmitido por herencia de generación en generación, o por una cadena de sucesivas enajenaciones a título de venta, u otros títulos, de los reconocidos por el derecho español. No se ve cómo podían escapar a la aplicación del artículo 5º los poseedores de tiempo inmemorial que habían adquirido por "compras sucesivas u otros títulos". Con tanto mayor razón cuanto el artículo inmediatamente anterior, el 4º regula expresamente el caso de los poseedores "sin título alguno de propiedad".

En consecuencia, con esos tan marcados designios de la ley, inspirada en un celo extraordinario por la conservación para el Estado de la propiedad de todas las tierras rurales de la república, que no hubieran sido enajenadas por las vías comunes de merced o composición, o que, aun habiéndolo sido, se omitiera el registro oportuno de los títulos, resulta jurídicamente inexplicable el alcance que se le atribuye al artículo 14 de la ley, en el sentido de que esa disposición reconoció como de propiedad privada, y no del Estado, las tierras rurales adquiridas meramente por compras sucesivas u otros títulos, otorgados entre particulares. O mejor que el Estado renunció liberalmente al dominio sobre esas tierras, en beneficio de los particulares poseedores de ellas.

Semejante alcance no se desprende del contenido del artículo 14. De que la disposición estatuyera una formalidad, que en caso de negligencia de los propietarios sería cumplida por el gobierno a costa de aquéllos, en manera alguna da asidero para sostener que el Estado se desprendió del derecho de dominio que sin discusión le pertenecía, para conferírselo a los particulares poseedores. El que el precepto colocara a los dueños de tierras adquiridas por merced o composición, en condiciones inferiores a los demás propietarios contemplados, no es argumento, porque quién sabe si la inferioridad no es tal, ni es el favor con que se afirma haber sido tratados determinada clase de propietarios, sino más bien reflejo del concepto que seguramente guiaba al legislador, de que aquellos no eran otra cosa al fin que poseedores de baldíos, por lo cual era imposible aplicarles la sanción que se imponía a los que habían adquirido por merced o composición, de que si no registraban sus propiedades en el término previsto, éstas se reincorporaban ipso facto al dominio de la república. Esta interpretación no sería arbitraria. Armoniza mejor con el espíritu de toda la ley. Porque es evidente que si el legislador partía de la base de que las tierras que estaban en poder de los particulares por título que no había emanado del Estado, no habían dejado de pertenecerle, era obvio que no podía declarar que tales propiedades se reincorporaban al patrimonio público, por que nunca habían salido de ese patrimonio. Mas en cambio la nación sí tenía interés en conocer y contar esas propiedades, y por eso le impuso al gobierno la obligación de hacer el registro a costa de los propietarios, omitiendo éstos hacerlo.

De otra parte parece evidente que entre los artículos 5º y 14 existe estrecha coordinación, de manera que el 5º podría ser la razón explicativa por la cual el Estado tomó a su cargo el registro de títulos que se abstuvieran de hacer, en el término de cuatro años, según el artículo 14, los propietarios que hubieran adquirido por "ventas sucesivas u otros títulos"; con el fin de determinar por medio del registro cuáles de esos particulares habían sacado sus títulos de propiedad en el término del año; pues los que no lo sacaran, de hecho incurrían en la sanción prevista, de pérdida del derecho que pudieran tener sobre los respectivos terrenos, aunque estuvieran "cultivados o poblados"; de consiguiente interesaba que el gobierno conociera, mediante el registro de títulos ordenado en el artículo 14, qué propiedades, de las poseídas de tiempo inmemorial, quedaban desamparadas de todo título de propiedad proveniente del Estado.

El sencillo ordenamiento examinado está pues muy lejos de contener la trascendencia que se le atribuye, del reconocimiento de un hecho equivalente a consagrar el carácter de propiedad privada de determinadas tierras, que la nación no había enajenado. El precepto no se presta a semejante idea. La cual por su naturaleza de medida extraordinaria y por ende excepcional, dentro del espíritu de la misma ley, y por las proyecciones que debía tener, que no podían escapar a los legisladores del congreso de Cúcuta, exigía para consagrarla términos expresos e inequívocos, que no dejaran duda acerca de la intención de que la república abandonaba el derecho de propiedad que había recogido de la dominación española sobre determinada clase de tierras rurales.

Los antecedentes legislativos de la ley de 11 de octubre son escasos. Consta de las actas del congreso de Cúcuta que el respectivo proyecto fue aprobado en pocos días. Presentado en primer debate en la sesión del 29 de septiembre anterior, quedó ese mismo día cerrada su primera discusión. En la sesión del primero de octubre "después de haber hablado largamente el señor Gual en favor de tal proyecto, se dio por suficientemente discutido en su primera vez, levantándose la sesión por ser pasada ya la hora". El 6 de octubre se aprobaron los artículos 7º, 8º, 9º, 10º, 11º y 12º. "Sobre el 13 hizo el señor Peña la siguiente adición: 'bajo la pena de que si no lo verificasen volverán las tierras a ser propiedad de la República'. El señor Gual la modificó en estos términos: 'Pasados los cuatro años se notificará a los que no hayan hecho el registro que lo verifiquen dentro de seis meses, y si no lo hiciesen, se incorporarán las tierras en el dominio de la República'. Esta proposición la negó el Congreso, habiéndose pretermitido la del señor Peña, que apoyó la del señor Gual. El señor Castillo hizo la siguiente: 'si pasados los cuatro años los propietarios no cumpliesen con el registro y presentasen el mapa, sus tierras, si fueron adquiridas por merced, se incorporarán al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará a costa de ellos lo que voluntariamente no cumplieron". Esta proposición fue apoyada, y puesta a votación, la aprobó el Congreso, y se levantó la sesión". El 9 de octubre quedó totalmente aprobada la ley. Y el 11 se leyó nuevamente la ley y el congreso la aprobó. (Libro de Actas del Congreso de Cúcuta.—Imprenta Nacional, año de 1923, páginas 696, 704, 747, 742 y 758).

En el anterior extracto no hay nada, de consiguiente, que permita creer que los legisladores del congreso de Cúcuta tuvieron en la mente reconocer como de propiedad privada los baldíos que hubieran sido anteriormente materia de trasmisiones entre particulares.

Fue pues una ley que por lo mismo que iba en su integridad a sancionar medidas tendientes a esclarecer y asegurar el predominio de la república sobre todas sus tierras baldías, ocupadas por los particulares, pasó fácilmente, casi sin discusión.

En consecuencia, el examen que de la ley de 11 de octubre de 1821, se ha hecho en sus disposiciones capitales, acredita que tal ley en sí misma considerada, ningún derecho de propiedad privada otorgó o reconoció sobre los baldíos ocupados por títulos de adquisición corridos solamente entre particulares.

Tales baldíos siguieron perteneciendo a la república, y con ellos el subsuelo correspondiente, porque en la legislación española dominaba el principio tradicional de derecho romano de que **qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum.** De ahí que cuando el monarca español concedía mercedes, composiciones, o vendía tierras realengas de sus colonias de Indias, el subsuelo también era implícitamente enajenado, salvo los "mineros" de oro, plata y azogue que se reservaron para el patrimonio de la Corona, según lo ordenado por el rey Felipe II. (Ley III, número 1º, Título 18, Libro 9º de la Novísima Recopilación).

Pero se ha dicho que la ley 200 de 1936, sobre tierras, vino a reconocer expresamente que la ley de 11 de octubre de 1821 sí había considerado como legalmente salidos del patrimonio del Estado todos los terrenos que con anterioridad a esta fecha fueron objeto de contratos entre particulares.

Ciertamente el artículo 4º de la mencionada ley 200 dispone que el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno sólo podrá acreditarse en una de estas tres formas: "..... c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821".

Esta misma sala de negocios generales en sentencia de fecha 13 de marzo de 1939 (Gaceta Judicial número 1947, página 111), dijo que al expresarse la ley 200 como se expresa en el aparte copiado hizo de la ley de 11 de octubre de 1821 una interpretación con autoridad. El concepto es válido, pero con esta limitación: que la interpretación con autoridad que hiciera la ley 200 de la ley del año de 1821 sólo se refiere a la superficie de las tierras. Al subsuelo de las mismas tierras, no. De lo contrario se violaría el artículo 5º de la misma ley 200, que dice terminantemente: "Las disposiciones de la presente ley se refieren exclusivamente a la propiedad territorial superficiaria, y no tienen aplicación ninguna respecto del subsuelo".

De manera que si la ley 200 le creó determinado efecto jurídico a la ley del año de 1821, de que antes carecía, como ya se vio, tuvo buen cuidado de limitarlo a la superficie de los terrenos, dejando así el subsuelo, especialmente el petrolífero, sometido a la sola fuerza de las disposiciones que se han dictado para regular su propiedad.

También se puede considerar que la ley 200 fijó un punto de partida, el que estimó más adecuado, para darle efecto de prueba de la propiedad privada, pero en relación con el suelo nada más, a cualquier título traslaticio de dominio que se exhiba anterior a la época indicada.

La ley 200 partió pues de la base de que el subsuelo estaba gobernado por un estatuto especial, de modo que las disposiciones de ella no podían interferir en dicho estatuto, el cual quedó así completamente libre y sustraído a la influencia de la ley de tierras.

En síntesis, el carácter limitado de la ley de tierras y el hecho de que la ley de 1821 no entraña en sí misma ninguna revalidación de títulos, impide que pueda afirmarse que la ley de tierras ejerce influencia aun indirecta en la determinación de la propiedad del petróleo respecto de globos que fueron materia de ventas u otras trasmisiones de propiedad entre particulares, antes del 11 de octubre de 1821.

CAPITULO 7º

Conclusión y fallo.

En resumen. Para que prospere el aviso que conforme al artículo 6º de la ley 160 de 1936 debe dar al gobierno la persona natural o jurídica que proyecte efectuar exploraciones con perforación en busca de petróleo de propiedad privada, es necesario que se presente el título emanado del Estado expedido con anterioridad al año de 1873 y que acredite la propiedad privada del petróleo que pueda encontrarse en el subsuelo del inmueble respectivo; o a falta del título los documentos públicos de origen oficial que demuestren su existencia.

En la documentación acompañada no hay, como está demostrado, ningún documento que tenga el carácter de plena prueba tendiente a comprobar que el Estado en la época colonial, ni luégo en la republicana, se haya desprendido del globo de tierra llamado en época remota "El Surco", y del cual dícense desprenderse los actuales lotes denominados "La Estrella" y "La Toma", del señor Moisés Aguirre, materia del aviso de exploración al gobierno.

Tampoco se han presentado documentos públicos de origen oficial, con los cua-

les pudiera comprobarse la existencia indubitable de aquel título de enajenación.

Se impone en consecuencia la resolución judicial que así lo declare.

Por lo expuesto, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que la titulación presentada con el aviso de exploración por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia no acredita que el petróleo que puede encontrarse en los lotes denominados "La Estrella" y "La Toma", ubicados en el municipio de Mariquita, y descritos en el memorial de aviso elevado al gobierno, sea de propiedad particular.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina respectiva.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION DE EXENCION DE IMPUESTOS—INDUSTRIA DEL BANANO E IMPUESTOS QUE DEBE PAGAR

1. El Gobierno carece de facultad legal y constitucional para pactar exenciones de impuestos generales o particulares. Esa atribución corresponde de modo privativo al legislador. Pero éste sí tiene la potestad de liberar en casos particulares a un contratista de servicios públicos, de determinados impuestos presentes o futuros, como compensación por prestaciones excepcionales del contratista en beneficio de la comunidad. En tal caso no se ordena una exención gratuita, lo que sí estaría fuera de las normas jurídicas que no toleran desigualdades en las cargas públicas de los súbditos con el soberano; se pacta un servicio y el Estado en retribución conviene en renunciar a cobrarle al contratista, por un determinado tiempo, los impuestos presentes o futuros que se acuerden. En esta renuncia no hay nada de ilícito y sí en cambio una necesaria concesión, en muchas ocasiones, para que el Estado obtenga en cambio otros beneficios. Si el gobierno pacta la exoneración de las cargas públicas, el respectivo compromiso es inoperante para el Estado, salvo que el congreso ratifique el contrato. — 2. Ni la ley 30 de 1931 ni las cláusulas del contrato entre el Gobierno y la compañía bananera, pueden librar a la compañía actora de pagar nuevos impuestos, o aumento de los existentes, que persigan gravar de modo general el patrimonio del contribuyente, porque ellos no afectan especialmente la industria del banano. Por consiguiente, está obligada a pagar los impuestos sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades creados por la ley 78 de 1935.

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La Magdalena Fruit Company, sociedad constituída y domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, de los Estados Unidos de Norte América, con asiento principal de negocios en Santa Marta, república de Colombia, demandó a la nación, representada por el señor procurador general, para que previos los trámites de un juicio ordinario de única instancia seguido ante la Corte, se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Magdalena Fruit Company como cesionaria de los derechos de la United Fruit Company que se derivan del contrato de fecha 3 de febrero de 1932 (Diario Oficial número 21943), celebrado con la Nación, está exenta por el término de veinte años del pago de todos los impuestos nacionales, departamentales y municipales establecidos o que se establezcan con posterioridad al 4 de febrero de 1932; y especialmente de los impuestos nacionales sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades creados por la ley 78 de 1935.

"Segunda. Que, en consecuencia, la Nación, por conducto de la tesorería general de la República, debe devolver a la Magdalena Fruit Company, dentro del término que la misma sentencia fije, la cantidad de cuarenta y un mil trescientos sesenta y dos pesos once centavos ($ 41,-362.11) que se liquidó y cobró a dicha Compañía como impuesto sobre el patrimonio correspondiente al año de 1935,

más los intereses sobre dicha cantidad al ocho por ciento anual desde el primero (1) de junio de 1937 hasta la fecha en que se verifique el pago.

"Subsidiariamente para el caso de que no se hiciere ninguna de las declaraciones pedidas antes, formulo las siguientes peticiones:

"Tercera. Que la Magdalena Fruit Company como cesionaria de los derechos de la United Fruit Company está exenta del pago del impuesto sobre el patrimonio en la parte correspondiente a la cantidad de novecientos noventa y un mil quinientos dos pesos dos centavos ($ 991,502.02) a que ascendía en 31 de diciembre de 1935 el saldo del préstamo hecho al gobierno nacional según el contrato de fecha diez de octubre de 1932 publicado en el Diario Oficial número 22125.

"Cuarta. Que en consecuencia, la Nación, por conducto de la tesorería general de la República debe devolver a la Magdalena Fruit Company, dentro del término que la misma sentencia fije, la cantidad de siete mil novecientos treinta y dos pesos dos centavos ($ 7,932.02) que se liquidó y cobró de más a dicha Compañía como impuesto correspondiente al año de 1935, por no haber deducido del total del patrimonio poseído por la Compañía en 31 de diciembre de dicho año, la cantidad de novecientos noventa y un mil quinientos dos pesos dos centavos ($ 991,502.02) a que ascendía el saldo del préstamo hecho al gobierno nacional, según el contrato antes citado, más los intereses sobre dicha suma al ocho por ciento (8%) anual desde el 1º de julio de 1937 hasta cuando se verifique el pago".

La demanda aduce como fundamento los siguientes hechos:

1º Que la United Fruit Company celebró con la nación el contrato de fecha 3 de febrero de 1932, publicado en el Diario Oficial número 21943;

2º Que el gobierno nacional autorizó a la United Fruit Company para traspasar el anterior contrato, y en uso de tal autorización la United Fruit Company cedió sus derechos a la Magdalena Fruit Company, con quien el gobierno ha venido entendiéndose para la ejecución del convenio celebrado con la primera compañía;

3º En el contrato de que se habla se estipuló por el término de veinte años, la exención de nuevos impuestos nacionales, departamentales y municipales, en favor de la compañía contratante;

4º La ley 78 de 1935 creó los impuestos nacionales denominados "sobre exceso de utilidades" y "sobre el patrimonio";

5º Al formular la declaración para los impuestos correspondientes al año de 1935 la Magdalena Fruit Company hizo valer las exenciones que la favorecen de acuerdo con el contrato y con la ley, pero la administración de hacienda nacional de Cundinamarca, primero, y después la jefatura de impuestos y rentas nacionales, negáronse a reconocer dicha exención.

6º En consecuencia los funcionarios dichos liquidaron a cargo de la compañía por concepto de nuevos impuestos la cantidad de $ 335,243.29, por el año de 1935, que la compañía pagó íntegramente;

7º La United Fruit Company celebró con el gobierno nacional el contrato de préstamo de la cantidad de dollars 750.-000, el cual lleva fecha 2 de octubre de 1932; contrato que, previa la autorización del gobierno fue cedido a la Magdalena Fruit Company con quien el gobierno nacional ha seguido entendiéndose como cesionaria del primitivo acreedor;

8º En dicho contrato se estipuló a favor de la compañía prestamista exención de los impuestos que dicho contrato pudiera causar;

9º En virtud de lo estipulado en la convención aludida, la compañía está exenta del pago de impuesto de patrimonio correspondiente al saldo a cargo del gobierno, el cual lo ha reconocido así puesto que los intereses respectivos se los deduce a la compañía de su renta gravable;

10º Por causa del desconocimiento por las oficinas liquidadoras de la exención estipulada en favor de la compañía prestamista, la Magdalena Fruit Company,

aun en el caso de que no se admitiera la exención general establecida en su favor y a que se refiere la petición primera de la demanda, pagó por impuesto sobre el patrimonio correspondiente al año de 1935, un exceso de $ 7,932.02.

El procurador delegado en lo civil, a quien se le corrió traslado de la demanda en representación de la nación, se niega a reconocer la legalidad de la acción intentada.

El debate se cerró con la presentación de sendos alegatos escritos por parte del apoderado de la compañía demandante y el señor procurador delegado en lo civil de la nación, quienes sustentan ampliamente sus respectivos puntos de vista. Ya es tiempo de desatar la litis a lo cual se procede.

Petición principal

La petición principal de la demanda sobre exención de impuestos nuevos, parte de la base de la estipulación contractual consignada en el contrato de 3 de febrero de 1932 celebrado entre la nación y la compañía demandante, que aparece publicado en el Diario Oficial número 21943 de 18 de marzo del mismo año, sobre pago por la compañía del impuesto de exportación de bananos, cuyas cláusulas **tercera** y **cuarta** son del siguiente tenor:

"Tercera.—El Gobierno garantiza que durante el término de este contrato no se gravará la industria del plátano con ningún otro impuesto nacional, departamental o municipal distinto de los que hoy existen, y la Compañía no tendrá que pagar un impuesto de exportación mayor del estipulado aquí. Tampoco durante el término de este contrato tendrá la Compañía que pagar ningún otro impuesto nacional, departamental o municipal que afecte exclusivamente la industria del plátano, ya sea sobre la producción, cultivo, venta o transporte.

"Cuarta. — La obligación de pagar el impuesto ella sola aquí contraída por la Compañía y de no dejarlo recaer sobre los productores contratistas, se suspenderá si se trata de hacer efectivo el llamado impuesto de la cepa u otros impuestos nacionales, departamentales o municipales así como cualquier aumento que no sea general en los impuestos nacionales, departamentales o municipales, sin perjuicio de los otros derechos y obligaciones de las partes establecidas por este contrato. La suspensión y el correspondiente cobro del impuesto a los productores contratistas continuarán hasta que el impuesto o el aumento respectivo sea derogado o anulado por sentencia definitiva del Tribunal competente".

Por la cláusula **sexta** se convino en que el contrato duraría por veinte años a contar de la aprobación que le impartiera el señor presidente de la república, lo cual ocurrió el día siguiente cuatro de febrero.

Este contrato obedece a lo prescrito en la ley 30 de 1931, "por la cual se establece un impuesto de exportación sobre el banano y se dan unas autorizaciones". El artículo 1º estableció por el término de veinte años, a partir de la fecha en que entre a cobrarse, un impuesto de exportación a cada racimo de bananos, de dos centavos. El parágrafo siguiente estatuye que la industria del plátano "queda excluída por esta ley de todo otro impuesto que la afecte exclusivamente, ya sea sobre la producción, cultivo, venta o transporte".

En el artículo 3º se facultó al gobierno para que celebrara contratos con las compañías compradoras o exportadoras de plátano con el fin de obtener que dichas compañías asuman por sí solas el pago del impuesto de exportación sin hacerlo recaer ni directa ni indirectamente sobre los productores de plátano, y durante la vigencia de los contratos "no se gravará la industria del plátano con ningún otro impuesto distinto de los que hoy existen".

¿Las cláusulas contractuales que se dejan copiadas libran a la Magdalena Fruit Company de pagar impuestos nuevos de carácter general, como el de patrimonio y exceso de utilidades, aceptando por vía de hipótesis, la tesis de la demanda, de que tales gravámenes son diferentes del

impuesto sobre la renta que ya regía en la época de la firma del pacto? La contestación negativa a este interrogante es muy fácil de demostrar, con el texto mismo de la ley 30 de 1931 y sus antecedentes, en relación con los términos del contrato.

La ley mencionada, base del acuerdo entre el gobierno y la compañía, tiene antecedentes legislativos que no dejan duda alguna acerca de que el alcance de las exenciones de impuestos por ella establecidos refiérense exclusivamente a **nuevos** impuestos con que en el futuro pudiera ser gravada la **industria del plátano.**

La iniciativa sobre establecimiento del impuesto de exportación del banano, partió de la segunda misión Kemmerer, de consejeros financieros norteamericanos, contratada en el año de 1930, con el fin de que estudiaran la situación económica del país y los posibles remedios para conjurar la crisis que en aquel año ya empezaba a invadir en proporción diariamente creciente el sistema de los negocios colombianos.

El primer proyecto de lo que es hoy la ley 30 de 1931 fue presentado a las cámaras legislativas por la citada misión en octubre de 1930. Era un proyecto de tres artículos. La misión en la respectiva exposición de motivos formuló dos recomendaciones alrededor del impuesto: primero, que la tasa del impuesto de exportación se mantuviera inalterable durante cierto período de tiempo de larga duración, atendiendo con ello a los graves inconvenientes que sufre todo negocio al verse sometido a cambios frecuentes en las tasas de los impuestos que lo afectan; y segundo, que una vez establecido el impuesto de exportación de bananos no se debía gravar la industria bananera con otros impuestos distintos. "Es bien sabido que en el Departamento del Magdalena— decía la misión— se ha debatido durante algún tiempo la posibilidad de establecer un nuevo impuesto departamental sobre la industria bananera. Algunas personas aseguran que, de acuerdo con la Constitución y las leyes existentes, una vez que se imponga el impuesto nacional sobre la exportación no se podrían imponer a la industria nuevos impuestos departamentales. La Misión se abstiene de emitir opinión sobre este punto de orden constitucional y legal, pero recomienda que se aproveche la oportunidad de la adopción del impuesto sobre la exportación para **definir** por algún tiempo la cuestión de nuevos impuestos sobre **la industria bananera,** actitud que la misión asume en beneficio de la estabilidad de la industria".

Las cámaras legislativas no quisieron menospreciar los anteriores consejos de los expertos americanos. Y así fue como en los debates que sufrió la ley, el senado introdujo este inciso como parágrafo del artículo primero, el cual quedó consagrado: "La industria del plátano queda excluída por esta ley de otro impuesto que la afecte **exclusivamente,** ya sea sobre la producción, cultivo, venta o transporte". Con lo cual el congreso después de establecer por el término de veinte años el impuesto de dos centavos sobre cada racimo de banano que se exporte, dejó **definida** la cuestión de que durante la vigencia del impuesto establecido la industria del plátano no sería gravada con ningún otro impuesto que la afectara **exclusivamente.** Impidió así toda iniciativa del departamento del Magdalena, de los municipios o de la misma nación, tendiente a sobrecargar con cualquier otro impuesto distinto del de exportación que se acaba de crear, la industria del plátano.

El artículo 3º de la ley está en íntima relación con el parágrafo y artículo primero, de que se acaba de hablar; dice:

"Artículo 3º—Con el fin de eximir a los productores de plátano que tengan celebrados contratos con compañías compradoras o exportadoras, facúltase al Gobierno para que por medio de pactos contractuales, cuyo término de duración no exceda de veinte años, estipule con las personas naturales o jurídicas que exporten dicha fruta, que en todo caso ellas pagarán el impuesto, sin alteración, de la

tasa de dos centavos por racimo. El contrato o contratos que en ejercicio de esta facultad celebre el Gobierno, sólo requerirán para su validez de la aprobación del Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros, y durante su vigencia no se gravará la industria del plátano con ningún otro impuesto distinto de los que hoy existen. Lo dispuesto en este artículo tendrá lugar siempre que el contratista o contratistas se obliguen a pagar ellos solos el impuesto de exportación que se estipule, y a que ni directa ni indirectamente en sus negociaciones con los productores de plátano hagan recaer sobre éstos todo o parte de tal gravamen".

De manera que por esta disposición el gobierno fue facultado para celebrar convenios con los exportadores de la fruta con el fin de asegurar que éstos solos pagarán sin alteración el impuesto de exportación, sin hacerlo incidir sobre los productores, dándoles a aquéllos la seguridad de que durante la vigencia del contrato, "no se gravará la **industria del plátano** con ningún otro impuesto distinto de los que hoy existen". Esta parte del artículo primeramente estaba redactada así en el proyecto discutido en la cámara de representantes: "y durante su vigencia (del contrato) no se gravará la producción, cultivo o venta del plátano con ningún impuesto nuevo distinto de los nacionales que hoy existen". Pero en el senado se cambió la fórmula por la que aparece en la ley.

Nada pues distinto de garantizar a los exportadores de la fruta, que, durante los veinte años por los cuales se establecía el impuesto de exportación del banano y de la vigencia de los respectivos contratos que celebraran con el gobierno, en desarrollo de la autorización legal, no se elevaría la tasa del impuesto de dos centavos y luégo de tres centavos, de acuerdo con el decreto legislativo número 2223 de 17 de diciembre de 1931, ni se gravaría la industria del plátano con otro impuesto que la afectara exclusivamente distinto de los que ya existían, fue lo que previó la ley.

En el pensamiento de los legisladores no estuvo de consiguiente, ni por asomo, que la exención de impuestos se refiriera a gravámenes generales que el mismo legislador pudiera crear en el futuro. La exención fue especial a nuevos impuestos que pudieran afectar exclusivamente la industria bananera, en sus necesarias etapas de producción, cultivo, venta y transporte; y con ello con el fin de impedir que los municipios, el departamento del Magdalena o la misma nación, idearan en el porvenir algún otro nuevo impuesto, distinto del nacional de exportación, encaminado a gravar cualquiera de las actividades mencionadas de la industria.

Por otra parte el designio de la ley no admite equívocos dados los términos de su redacción. Léase nuevamente el parágrafo del artículo primero, y se verá que allí era imposible que el legislador pudiese usar términos más claros: "La industria del plátano queda excluída por esta ley de otro impuesto que la afecte **exclusivamente**, ya sea sobre la producción, cultivo, venta o transporte". Ahora, repítase también la lectura del artículo tercero en el segundo miembro, el cual en cuanto a la exención de impuestos no hace otra cosa que reiterarle a los presuntos exportadores que celebran pactos con el gobierno, la promesa que de modo general está contenida en el parágrafo, naturalmente con el fin de que ante esos contratistas la exención valga algo más que una promesa que la nación pueda mañana derogar, y adquiera en cambio para ésta el relieve de un compromiso definitivamente vinculante, del cual no se pueda apartar sin romper el contrato. "...y durante su vigencia (de los contratos) no se gravará la **industria del plátano** con ningún otro impuesto distinto de los que hoy existen". Nótese que para que la exención se convierta en especial, en lo concerniente a nuevos gravámenes sobre la industria del plátano, en general, a todo nuevo impuesto futuro, la cláusula copiada necesariamente habría mencion-

do al exportador o al contratista en reemplazo de lo subrayado, que es lo que está limitando la idea.

El gobierno en la celebración de los contratos no podía traspasar los límites de la ley. El gobierno carece de facultad legal y constitucional para pactar exenciones de impuestos generales o particulares. Esa atribución corresponde de modo privativo al legislador. Pero éste sí tiene la potestad —contra lo que opina el señor procurador delegado en lo civil—de liberar en casos particulares a un contratista de servicios públicos, de determinados impuestos presentes o futuros, como compensación por prestaciones excepcionales del contratista en beneficio de la comunidad. En tal caso no se ordena una exención gratuita, lo que sí estaría fuera de las normas jurídicas que no toleran desigualdades en las cargas públicas de los súbditos con el soberano; se pacta un servicio, y el Estado en retribución conviene en renunciar a cobrarle al contratista, por un determinado tiempo, los impuestos presentes o futuros que se acuerden. En esta renuncia no hay nada de ilícito, y sí en cambio una, en muchas ocasiones, necesaria concesión para que el Estado obtenga en cambio otros beneficios. Ello equivale al trueque de una carga por otra en miras al mejor beneficio del fisco. Mas como todo lo relacionado con la creación o exoneración de cargas públicas pertenece exclusivamente a la órbita de funciones del legislador, de ahí que el gobierno en ejercicio de su mera función administrativa, carece de poder para pactar sobre semejantes materias. Y si no obstante pacta sobre ellas, el respectivo compromiso es inoperante contra el Estado, salvo naturalmente que el congreso ratifique el contrato.

Es así como se concluye en que para examinar el contenido, alcance y naturaleza de las exenciones de impuestos que el gobierno pactó con la compañía demandante en los contratos de 3 de febrero y 14 de marzo de 1932, no se puede prescindir del contenido de la ley 30 de 1931, que se acaba de contemplar, que es como la fuente de vida de aquéllos, cuyos límites de acción no podían ser sobrepasados en los contratos, so pena de inoperancia contra el Estado.

Empero, tales contratos están dentro del marco legal. La clásula **tercera** del contrato de fecha 3 de febrero, copiada al principio, si bien está redactada en términos que implican redundancia, puesto que la segunda parte no dice más que la primera, no da asidero para las interpretaciones que sustenta la compañía, en el sentido de que por ella quedó exenta del pago de cualquier impuesto nuevo que se estableciera en el futuro, de carácter general, cualquiera que él fuese, como los gravámenes sobre el patrimonio y exceso de utilidades creados por la ley 78 de 1935.

La cláusula no concede más exenciones que la ley. Pero aunque las hubiese establecido francamente, ya se vio que en tal caso ellas carecerían de todo valor. Empero lo que ocurre no es que la cláusula hubiera sido más liberal que la ley, sino que incurre en inútil repetición de conceptos, lo cual no autoriza la pretensión de que a la primera parte de la cláusula se le dé una extensión mucho mayor del contenido de la segunda, porque las dos partes claramente refiérense a la misma exención de nuevos impuestos, distintos de los existentes, nacionales, departamentales o municipales, que graven la **industria del plátano.** El hecho de que en las cláusulas de un contrato se incurra en repeticiones innecesarias o no se arreglen estrictamente a la técnica jurídica, en manera alguna da margen para que, buscando apoyo en el artículo 1620 del Código Civil, se fuerce su interpretación atribuyéndole cosas distintas de las pactadas.

De otro lado, en concordancia con la cláusula **tercera** está la cláusula **cuarta** del contrato, según la cual la obligación a cargo de la compañía de pagar ella sola el impuesto de exportación establecido, se suspenderá si se tratan de hacer efectivos impuestos nacionales, departamentales o municipales o aumentos de estos impuestos, **que no sean generales.** Aquí

está repetido que las exenciones no cobijarán impuestos de carácter general. Claro porque la ley no había permitido la exención sino para los impuestos que tuvieran por objeto gravar exclusivamente la industria bananera. De manera que ni la ley ni las cláusulas contractuales pueden librar a la compañía demandante de pagar nuevos impuestos, o aumentos de los existentes, que persigan gravar de modo general el patrimonio del contribuyente, porque ellos no son una afectación especial de la industria del plátano.

Interpretados los pactos como lo quiere la compañía demandante, implicarían un privilegio concedido a ella, que por lo exorbitante, habría de exigir términos en la ley de una claridad meridiana.

Petición subsidiaria.

Como causa jurídica de la acción subsidiaria se invoca la cláusula **quinta** del contrato de 14 de marzo de 1932, celebrado por la compañía con la nación, por el cual ésta recibió de aquélla un anticipo de quinientos mil dollares del impuesto de exportación del banano, que se acababa de crear y al cual se refirió el contrato anteriormente analizado. La citada cláusula dice: "no serán de cargo de la compañía los impuestos fiscales que cause este contrato o la consignación del anticipo, con excepción del de papel sellado"

¿Acaso de esta estipulación podría deducirse que la compañía está libre de pagar impuesto sobre el patrimonio correspondiente a la suma anticipada?

Nó. La cláusula es clara. Se refiere a impuestos fiscales **que cause el contrato.** Es decir, los dimanados de la negociación en sí. Y el impuesto del patrimonio, como su nombre lo indica nada tiene qué ver con impuestos especiales que gravan determinadas transacciones, como el de papel sellado, registro, estampillas, etc.

Mirando las cosas por otro aspecto, sobre los saldos por amortizar del anticipo en poder del gobierno, la compañía tiene que pagar el impuesto sobre el patrimonio, porque el anticipo se hizo en forma de préstamo con intereses, de manera que los saldos insolutos son sumas de dinero constitutivas de créditos a favor de la compañía y en contra de la nación, que ésta va amortizando y que tendrá que devolver si por cualquier circunstancia se suspende la recaudación del impuesto de exportación sobre el banano.

En consecuencia, las consideraciones hechas son más que suficientes para demostrar lo infundado de las acciones principal y subsidiaria postuladas por la compañía actora. Lo cual hace innecesario el examen de la tesis, ya dilucidada ampliamente en otras ocasiones por la Corte, concerniente a saber, si como lo sostiene la compañía con insistencia, los impuestos del patrimonio y exceso de utilidades son impuestos nuevos y distintos del de la renta.

Fallo:

La Corte Suprema de Justicia, en sala civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las declaraciones solicitadas por la Magdalena Fruit Company en el libelo inicial del presente litigio. Por lo tanto, se absuelve a la nación de todos los cargos de dicho libelo.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Liborio Escallón.—Juan Antonio Donado. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

UNIDAD DE LA LEY PENAL (*)

Retroactividad de la ley permisiva o favorable. — La aplicación simultánea de las normas del Código antiguo y del nuevo es jurídicamente insostenible.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Juzgado 1º Superior de Cali condenó a Víctor M. Díaz a la pena principal de 9 años de presidio, como autor de homicidio simplemente voluntario en la persona de Eloy Vivas, calificada la delincuencia en tercer grado y considerado el reo como reincidente.

Apelado el fallo, el Tribunal de aquel Distrito Judicial lo reformó en sentido favorable a Díaz, rebajando la pena principal a 8 años. Contra esta sentencia ha interpuesto el acusado recurso de casación.

Las disposiciones aplicables, como lo anota en su vista el señor Procurador, son las de la Ley 118 de 1931, por tratarse de negocio iniciado con anterioridad al 1º de julio de 1938 (artículo 722, nuevo Código penal procesal).

El acusado fue asistido durante las instancias por defensores de oficio. Dándole al derecho de defensa la amplitud necesaria, la Corte acepta, como base de estudio, el desordenado escrito que el reo ha enviado para sustentar la casación.

Alega Díaz algunas circunstancias que, según él, no fueron tenidas en cuenta al sentenciarlo, y de esa supuesta omisión deduce que la ley penal fue mal aplicada, pues que su caso era el contemplado por el artículo 611 del Código Penal de 1890, vigente en la época de la comisión del delito, o por el 365 del nuevo Código, es decir, que debió condenársele como autor de homicidio involuntario, o como responsable de homicidio ultraintencional, ya que "jamás estuvo en su ánimo perpetrar un homicidio en la persona de Eloy Vivas". Y como después de discutir extensamente sobre este tópico concluye pidiendo que se reforme la sentencia "por la mala aplicación de la pena que se le ha impuesto", se infiere —y así lo entiende el señor Procurador— que la causal invocada por Díaz es la 1ª de la ley antes citada, que dice:

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

La Corte ha examinado detenidamente el proceso y observa que después de un auto de proceder revocado por el Tribunal a fin de esclarecer puntos importantes, relacionados con la prueba del cuerpo del delito, el sindicado Díaz fue de nuevo enjuiciado. En la parte motiva de esta segunda providencia se describe la imputación y expresamente, con firme apoyo en las pruebas del informativo, declara el Juez de la causa que se trata de un homicidio voluntario.

El mismo Juez, siguiendo fielmente los

(*) Por haber sido traída a última hora se publica la sentencia de esta Sala, de fecha 2 de diciembre de 1940, en lugar que no es el que debía corresponderle.

términos del enjuiciamiento, incluyó en el cuestionario sometido al Jurado la modalidad relativa a si el acusado había procedido de manera voluntaria y con intención de dar muerte a la víctima, y los jueces de hecho contestaron por unanimidad: "Sí, voluntariamente".

Como se ve, el Jurado expresó su certidumbre sobre la responsabilidad directa de Díaz en la muerte de Eloy Vivas, en términos que no le permitían al Juez aplicar otras reglas que las del homicidio simplemente voluntario, según el Código de 1890, o las correspondientes del Código de 1936, si comparadas las sanciones las últimas resultaban más favorables.

Es de advertirse que en la audiencia pública la defensa planteó la cuestión que trata de revivir el recurrente en su alegato, o sea que Vivas no murió a consecuencia de la herida recibida. La alegación es impertinente por tratarse de un punto ampliamente debatido en el proceso y clausurado con el veredicto rotundo del Jurado, sin duda con vista en el dictamen de la oficina médico legal de Cali, que obra a fs. 20 del segundo cuaderno. Por lo demás, Díaz acaba por admitir en su escrito ser el autor de dicha herida, hecho que negó a todo lo largo del proceso y que pretendió cohonestar con un intento de coartada, aunque ahora trata de atenuar su responsabilidad con la manifestación de que no quiso causar un mal grave a su amigo Vivas.

El Tribunal no incurrió en ningún error en contra del acusado al aplicar la ley penal. Si alguna objeción hubiere de hacerse al fallo sería por exceso de benignidad. En efecto, el Tribunal aceptó sin reparo la combinación que, para disminuír la medida de la pena, aparece en la sentencia de primera instancia entre el mínimum del artículo 600 del Código de 1890 y las reglas sobre reincidencia y penas accesorias que trae la nueva legislación penal.

De acuerdo con los principios de derecho transitorio, el Juez puede elegir entre la ley antigua y la nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que parezca más conforme con el criterio de favorabilidad.

Cada uno de los dos sistemas penales —el de 1890 y el de 1936— obedece a principios científicos diferentes y de allí que la intensidad y duración de las penas y en general el tratamiento de los delincuentes sea completamente distinto, según que se apliquen las reglas del antiguo o las del nuevo estatuto. Así, por ejemplo, el Código de 1936, comparado con el de 1890, reprime con mayor severidad cierta clase de homicidios. Pero si en los casos en que hubiere lugar a elegir entre las dos legislaciones, el Juez adopta en favor del reo, como base de la condena, la respectiva norma de uno de los dos estatutos, ella debe ser admitida con todas sus derivaciones y consecuencias, así en lo relativo a la reincidencia como en lo concerniente a las penas accesorias. La hibridación de los dos sistemas de penalidad, aun en beneficio del acusado, es técnicamente insostenible.

Sabido es que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución nacional, el Juez debe aplicar al reo la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior; pero esto no quiere decir que, por extensión de este principio, y con la mira de favorecer al autor de un delito cometido antes de la vigencia de la ley nueva, el Juez esté facultado para aplicar parte de sus normas y parte de los preceptos de la ley antigua, de modo de imponerle penas menos severas que las que se deducen de la aplicación integral de una de las dos leyes. No. La ley que sanciona el delito no es solamente la norma que señala los límites de la pena sino ésta y las reglas que sirven de criterio para individualizar la sanción.

Si juntando reglas de los dos estatutos es como el Juez ha logrado deducir la condena más benigna, entonces lo que viene a ser favorable no es la ley nueva sino el resultado de combinar sus normas con las disposiciones de la ley antigua, con lo cual desaparece la razón en que se funda la retroactividad de la ley en materia cri-

minal y es la de ser — se entiende que por sí misma — más favorable al reo que la ley vigente al tiempo en que se ejecutó el hecho criminoso.

Por este medio el reo queda sustraído de la acción de la ley preexistente, o sea en este caso el Código de 1890, pues no se le sanciona en la proporción que ese estatuto establece para cada uno de los "grados del delito"; y al propio tiempo se le coloca fuera de la acción de la ley nueva, ya que la sanción impuesta no es la que le hubiera correspondido siguiendo las normas directivas del Código de 1936, sino otra de medida inferior, no prevista para el caso en ninguno de los dos estatutos, lo que no es conforme con el principio de la legalidad de la pena.

Sólo mediante este procedimiento pudo ser condenado Díaz a ocho años de presidio. Hubiéranse aplicado con estricta lógica las reglas del Código de 1890, le habrían correspondido doce años; o diez años y ocho meses de la misma pena, si el fallador se acoge, como era de rigor, no a una sino a todas las reglas de la nueva legislación penal, aplicables al caso, como ley más favorable.

Pero no es esto únicamente. Según los datos del proceso, Díaz había sido condenado antes por haber dado muerte voluntariamente al comisario de policía de su vecindario. Entonces se le juzgó en "segundo grado" conforme a los preceptos del Código anterior no obstante ser el primer delito, pues el jurado declaró que el reo había obrado con sevicia y en la respectiva sentencia se agrega que tal hecho fue realizado "sin el menor motivo o causa justificativa". La pena impuesta fueron nueve años de presidio.

Ahora ha comparecido como reo reincidente, por homicidio también voluntario, cometido en la persona de un amigo suyo, sin que tampoco hubieran mediado motivos conocidos, o siquiera sospechados, y se le ha condenado a ocho años de presidio.

De modo que la sanción impuesta a este caso de reincidencia, sobre ser inferior en cuatro años de duración a la que le hubiera correspondido juzgándolo con arreglo al Código de 1890, y en dos años, ocho meses al mínimo aplicable a Díaz conforme al Código nuevo, ha resultado inferior también, en un año, a la que el reo mereció por el primer homicidio.

La disminución progresiva de la sanción que aquí se advierte, sería inobjetable si fuese el resultado de haber aplicado independientemente las sanciones del estatuto de 1936, desechando, por severas, las de la ley preexistente. Querría decir que el reo había sido protegido por una nueva expresión de la justicia penal, más benigna para él que la contenida en la ley antigua, lo que estaría conforme con el principio de la retroactividad de la ley permisiva o favorable.

Pero la realidad demuestra que a tánta benignidad no habría podido llegar el juzgador si aplica en su integridad las sanciones de la nueva ley. La norma del Código de 1936 (artículo 362) trae para los casos de homicidio común una escala de penalidad mayor que su equivalente (artículo 600) en el viejo estatuto. El texto nuevo dice así:

"El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio". Y prescribe el mismo estatuto (artículo 39) que el mínimum sólo puede aplicarse cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad. Pero como éste no es el caso de Díaz, pues en él concurren circunstancias de mayor peligrosidad, quiere decir que aun suponiéndole delincuente primario, tampoco se le habría podido favorecer con el mínimum de de la ley nueva (ocho años). Sin embargo, es ésta la sanción que aparece impuesta por la sentencia, en virtud de la aplicación simultánea de las dos leyes.

De donde se deduce que la combinación de la regla del artículo 34 del Código de 1936 con el mínimum de la sanción del Código de 1890, ha producido en este caso, virtualmente, la supresión del aumento por reincidencia, sea que se examine la cuestión a la luz de la ley antigua o de la nueva.

Si la expresada regla sobre reincidencia del nuevo Código implicase simplemente una modificación o reforma de la respectiva del Código antiguo, su aplicación sería de rigor en estos casos, siendo favorable. Mas como ella, con las que sirven al Juez de guía para individualizar la sanción y determinar las penas accesorias, forma un todo coherente y armónico y pertenece a un sistema completamente distinto, que ha sustituído el anterior, su aplicación al tiempo con uno cualquiera de los términos penales del Código de 1890 anula los efectos tanto de la ley antigua como de la nueva, puesto que la sanción así impuesta no procede ni de aquélla ni de ésta.

Considera, pues, la Corte que los problemas transitorios que se vienen planteando, al juzgar a los reos de delitos cometidos antes del primero de julio de 1938, por la presencia de dos legislaciones distintas, de las cuales el Juez debe preferir la más favorable al procesado, no se resuelven razonablemente sino siguiendo en su integridad las normas de uno de los dos estatutos, pues la benignidad o mayor severidad de una ley, con relación a otra, sólo puede apreciarse por el resultado de la aplicación del conjunto de las disposiciones de cada una al hecho que va a juzgarse. Al desarticular el Juez las reglas de los dos sistemas y combinarlas de modo de mitigar el rigor de las condenas más allá de lo que permite la aplicación aislada de la ley antigua o de la nueva, no solamente se producen resultados contrarios a la lógica y al orden jurídico penal sino que se falta a la misma equidad, como es fácil deducirlo si se comparan las penas aplicadas al reo de un delito beneficiado con la combinación con las que se imponen a otro reo, autor de delito de igual naturaleza y gravedad, acompañado de modalidades y circunstancias específicas semejantes, a quien se le ha juzgado dentro de la unidad de las normas de la ley nueva por haber cometido el hecho después del primero de julio de 1938.

Como es de notarse, se ha contemplado aquí únicamente la cuestión relativa a la aplicación judicial de las sanciones, suscitadas por la forma como se aplicó la ley penal en éste y en otros casos actualmente al estudio de la Sala. No sobrará agregar, en apoyo de la doctrina que a su juicio debe prevalecer al respecto, que en la declaración sobre prescripción que hace el Juez en un proceso antiguo no hay, ni podría haber, interferencia de una ley sobre otra. Obedeciendo a los principios que regulan la aplicación de la ley en materia penal, el Juez aplica independientemente las reglas sobre prescripción de la ley preexistente, o las de la ley posterior, si los términos de ésta fueren más favorables, que es—resumiendo las ideas expuestas—el método que no puede modificar el juzgador, creando, cuando se trata de deducir las sanciones, una fórmula penal mixta, porque asume un arbitrio que la ley no le ha conferido.

Ahora, en cuanto a la condena y libertad condicionales y al perdón judicial — instituciones nuevas establecidas en el sistema penal sancionado en 1936 — es evidente que de acuerdo con la garantía constitucional sobre retroactividad de la ley más benigna, ellas pueden favorecer al reo de un hecho punible cometido antes de entrar en vigor el nuevo Código, si se halla plenamente justificada su aplicación. Pero aquí también la resolución que concede la respectiva gracia y el beneficio que el reo recibe emanan directamente de la autoridad de la ley.

Está demostrado que los juzgadores de instancia dedujeron las sanciones contra Díaz, tanto en lo principal como en lo accesorio, mediante un procedimiento que no se conforma con la debida aplicación de la ley penal. Mas como lo que hay de irregular en la sentencia favorece al reo antes que perjudicarlo, la Corte se abstendrá de casarla porque sería contrario a los dictados de la razón agravar las sanciones cuando es el acusado quien ha interpuesto el recurso.

El señor Procurador Delegado en lo Pe-

nal conceptúa en este asunto que la ley estuvo bien aplicada y en consecuencia solicita que no se infirme la sentencia, aunque es lo cierto que su opinión adversa a la combinación entre el estatuto antiguo y el nuevo a efecto de aplicar las sanciones, fue expresada, en términos rotundos, al estudiar otro caso de reo reincidente, similar a éste.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el pedimento del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el 10 de febrero del año en curso, que condenó a Víctor M. Díaz a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como responsable de homicidio simplemente voluntario en la persona de Eloy Vivas.

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

Absalón Fernández de Soto — Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo. Julio E. Argüello R., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO

He firmado, con una reserva, la sentencia que precede.

Reconozco, ante todo, que es digna de encomio la exposición jurídica allí desarrollada. Es un notable aporte al estudio que jueces y tribunales, lo mismo que abogados y catedráticos deben llevar a cabo para descifrar estos que el fallo denomina con propiedad "problemas transitorios", y que surgirán a menudo cuando se trate de juzgar a reos que delinquieron antes de entrar en vigencia la nueva legislación penal.

Me seduce la tesis central de esta sentencia, que bien pudiera denominarse doctrina de la unidad de la ley penal. Acojo esa doctrina, pero disiento de mis ilustrados colegas, no sin temor de ser yo el equivocado, en un punto concreto, cual es el de la aplicación integral de una sola de las dos leyes penales, la antigua o la nueva de modo que la que se prefiera para señalar la pena base sea forzosamente la misma con que se determine el aumento por reincidencia.

Es claro que no pueden "combinarse" los dos códigos, el de 1890 y el de 1936 a fin de imponer una sanción que este último establece para determinado delito, y medir, al propio tiempo, tal sanción con los famosos tres grados que la vieja ley señalaba, pues hay una diferencia fundamental entre los criterios de los dos estatutos penales, que hace incompatible la graduación aritmética y predominantemente objetivista del antiguo Código, con el relativo arbitrio judicial y la tendencia subjetivista del Código nuevo; y tampoco podrían combinarse para aplicar la sanción principal que uno de ellos fija, con las accesorias del otro. Trátase en esos casos de elementos de la ley no susceptibles de separación y que imponen, por consiguiente, la aplicación integral o indivisible de una de las dos leyes.

No así en lo referente al aumento de pena por reincidencia.

Uno de los defectos protuberantes del Código Penal que ha dejado de regir era el de los caprichosos y exorbitantes cálculos aritméticos para hacer tal aumento. Dentro de ese criticado sistema debía el Juez sumar las penas impuestas por las sentencias anteriores con la imponible en el fallo que se tratara de dictar; esa suma debía dividirse por el número de los delitos, y el cuociente había que multiplicarlo por el número de reincidencias: ingenioso enredo, más propio de cálculos electorales que de la administración de justicia, y que constituyó uno de los más clamorosos motivos de la reforma penal.

En cambio, con el nuevo Código la agravación de pena al reincidente se hace de manera muy sencilla: al reincidente por primera vez se le impone una tercera parte más de la pena señalada para el delito; y sólo de la segunda reincidencia en adelante "se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años" (artículo 34 del Código Penal de 1936).

No se trata de una institución nueva y propia de la ley que ahora nos rige: siempre se ha considerado, por uno u otro motivo, que la reincidencia debe implicar un aumento en la penalidad.

Quizá pueda pensarse, dentro de los criterios de la nueva legislación penal, que a quien reincide por segunda vez—y a fortiori de ahí en adelante—no se le va a imponer un simple aumento de la sanción, sino que el Código somete al criminal a una especie de tratamiento con la relegación a colonia agrícola, ya que tal relegación debe llevarse a cabo "cuando la naturaleza y modalidades de los hechos

cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito" (art. 34, inciso 2º).

No habrá, pues, en ningún caso, relegación a colonia agrícola para el reincidente por primera vez; ni la habrá tampoco para el que reincida varias veces, sino cuando se reúnan las otras condiciones que exige el artículo 34 del Código.

Tenemos, según eso, como punto de partida que sólo de la segunda reincidencia en adelante habrá de hacerse estudio especial respecto de la personalidad del delincuente, a ver si es uno de los denominados **habituales**, caso en el cual se le someterá al tratamiento y a la represión especiales que implica la relegación en colonia agrícola.

La primera reincidencia causa una simple agravación fija de pena, no por razón de la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, ni teniendo en cuenta los motivos determinantes, o el género de vida llevado por el agente. Se aumenta la pena, en el nuevo Código así como se aumentaba en el antiguo por el solo hecho de la repetición de delitos, y trátese de infracciones de la misma especie o de diferentes géneros.

En segundo lugar, tenemos que el aumento de pena para el reincidente (sólo quiero referirme al caso de primera reincidencia), es siempre el de una cuota parte de la pena imponible. Con el sistema del viejo Código esa cuota parte se calcula con operaciones de suma, división y multiplicación, en las cuales entran como factores las penas impuestas anteriormente; y en el nuevo Código, más sencillo y equitativo en esto, el aumento es simplemente de una tercera parte de la pena imponible, para la primera reincidencia, o de la mitad de la pena imponible si es segunda reincidencia.

Ocurre la curiosa circunstancia de que no obstante inspirarse el Código de 1936 en miras exclusivas de defensa social, se ha mostrado más benigno que el anterior en lo relativo al aumento de pena por reincidencia. Al menos para el reincidente por primera vez, tal aumento resulta siempre más gravoso con el Códipo de 1890 que con el de 1936, pues al paso que en éste no es ni más ni menos que de una tercera parte de la sanción, en aquél puede tratar de ser superior a ella, evento frecuente y cuya posibilidad contempla aquella ley, en su artículo 142, que decía:

"Cuando lo que resulte de aumento a la primera reincidencia sea mayor que la pena que corresponde al delito, será ésta la pena que se multiplica por el número de la reincidencia para averiguar el aumento definitivo".

La razón de que el draconiano aumento por reincidencia del Código de 1890, está compensado con la benignidad general de dicho estatuto, y que en el nuevo Código el aumento por reincidencia es menos gravoso pero las penas son más severas, es una razón que merece no pasarse por alto.

Se quiso al expedir el nuevo estatuto penal de 1936 que el Juez tuviera un campo muy amplio para graduar con gran libertad la sanción, de un mínimo bastante bajo a un máximo bien alto.

No hay, en general, sanciones más severas en el nuevo Código. Lo que hay es que el Juez tiene libertad de poder para usar de mayor severidad, dentro de los límites mínimo y máximo de la sanción. Y si un caso particular como el que es materia de este fallo, el homicidio intencional o simplemente voluntario, tiene asignado en el nuevo Código un mínimo de ocho años de presidio cuando en la ley anterior tenía seis años, podrían citarse en cambio otros en que la penalidad del Código de 1936 es menor que en el de 1890, verbigracia, los delitos de hurto y robo, de lesiones personales y muchos otros.

Si la reincidencia fuese una circunstancia de aquellas que el viejo Código denomina **agravantes** o de las que el nuevo llama de **mayor peligrosidad**, el cálculo de la sanción—dentro del mínimo y el máximo imponible—dependería en gran parte de esa circunstancia, y entonces, siendo

base la reincidencia para calcular la pena, habría que considerarla como algo inseparable de ésta.

Pero ocurre cabalmente lo contrario: el orden lógico o de prelación indica que ante todo se determine la pena aplicable por el delito (y el Juez puede estimar, por ejemplo, que sólo debe imponerse el mínimo, no obstante la reincidencia); después, sobre esa sanción ya conocida o prefijada, se calculará el aumento que corresponda por tratarse de un reincidente: el Juez sentenciador tendrá que hacer dos operaciones mentales distintas. Y entonces, ¿por qué resultaría quebrantada la aplicación indivisible de la ley al preferir el Código de 1890 como más benigno para determinar la pena, y el de 1936, también como ley más favorable, para medir el aumento por reincidencia?

Si la aplicación exclusiva de una sola de las dos leyes ofrece la inapreciable ventaja de la sencillez, que facilita la tarea judicial, parece, por otra parte, más equitativo, abandonar de una vez el anacrónico sistema del anterior Código y poner ya en actividad el de 1936 no sólo para los casos nuevos, sino también para la agravación de pena a reincidentes a quienes puedan abarcar las dos legislaciones.

No se me oculta que la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el caso de Víctor M. Díaz es ilegal, por exageradamente benigna, como lo demuestra hasta la saciedad la Corte. Pero no considero ilegal el fallo recurrido en cuanto al punto concreto de aplicación del nuevo Código al aumento de pena por reincidencia; y este salvamento de voto más bien contempla la posibilidad de otras condenaciones demasiado severas, caso de que a los reincidentes se les siga agravando la sanción con las reglas del viejo Código.

La Corte que terminó su período legal el primero de mayo de este año sentó en algunos fallos doctrina análoga diciendo sobre el particular lo siguiente:

"Complejo en verdad es el problema de la aplicación simultánea de dos legislaciones penales en busca de la solución más favorable al reo; pero el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que habla sobre los distintos eventos de aplicación de este principio, da en su inciso final la siguiente norma:

'Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna'.

"En tratándose de reincidencias, respecto de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye una pena accesoria, la interpretación benigna conduce a escoger el aumento menos gravoso para el reo, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable en cuanto a la condenación principal. Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código suprimiera el aumento de pena por reincidencia, el juzgador tendría que prescindir de él aun cuando hubiera de castigarse conforme a la ley anterior el delito del reincidente".

No es de extrañar la discrepancia de pareceres en esta materia, pues aun los tratadistas de Derecho Penal dan soluciones diferentes al problema. Así, por ejemplo, Von Liszt se pronuncia categóricamente en favor de la tesis por la cual optan mis distinguidos compañeros; Florián no es bien claro al referirse a esta cuestión, y en cambio otros, como Garraud, Vidal, Hugueney (profesor actualmente de la Universidad de París), deciden sin vacilación el punto en el sentido de que el preferir por razón de benignidad, una de las dos leyes para determinar la pena, puede sin embargo computarse de acuerdo con la otra ley más favorable al aumento por reincidencia, si esta otra ley fuere más favorable al reo. Y uno de esos autores, Vidal, cita abundante jurisprudencia francesa acorde con esta opinión.

La misma sentencia que profiere hoy la Corte llega a admitir que en cuanto a la condena y la libertad condicionales o al perdón judicial, "instituciones nuevas establecidas en el sistema penal sancionado en 1936, es evidente que de acuerdo con la garantía constitucional sobre retroactividad de la ley más benigna, ellas pueden favorecer al reo de un hecho punible cometido antes de entrar en vigor

el nuevo Código, si se halla plenamente justificada su aplicación".

Y entonces me pregunto: si la regla de aplicación integral de la ley como un todo indivisible puede tener excepciones que la mayoría de esta Sala reconoce y acepta ¿no sería también equitativo incluír en ellas la del aumento de pena por reincidencia máxima cuando ese aumento no es innovación del sistema penal recientemente implantado sino que es una vieja institución y existía, aunque enrevesada y draconiana, en el Código anterior?

Y si hay duda sobre posible aplicación de la ley más benigna, ¿cómo no resolverla en favor del reo, de acuerdo con la norma que da el artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en su parte final?

(Fdo.) **José Antonio Montalvo**

Bogotá, 4 de diciembre de 1940.

INDICE

Pág.

EDITORIAL — LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO, por Bernardo Iarraín Vial. 1

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

RECURSO DE CASACION DE UNA SENTENCIA ARBITRAL. RECURSO DE HECHO — Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por el doctor Lisandro E. Carvajal, contra la sentencia de 30 de mayo del corriente año del Tribunal de Ibagué en el juicio divisorio de la comunidad de San Francisco de la Sierra. 9

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION — Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Pereira de 15 de mayo del corriente año, en el ordinario de Sabina García contra Adán Mora sobre reivindicación de unas mejoras 11

SALVAMENTO DE VOTO de los Dres. Hernán Salamanca e Isaías Cepeda a la anterior providencia. 13

AUTO EN QUE SE NIEGA UNA REPOSICION — No se accede a reponer el auto de 30 de agosto de 1940 en el ordinario de Sabina García contra Adán Mora sobre reivindicación de unas mejoras . . 16

ACCION DE PERJUICIOS — PENSIONES DE OBREROS EN EMPRESAS FERROVIARIAS—DERECHO DE CESANTIA — Se casa parcialmente la sentencia de 31 de agosto de 1939 del Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Miguel J. Caldas contra The Santa Marta Railway Company, Ltd. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 19

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO — PERMUTA — No se casa la sentencia de 23 de junio del año pasado del Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre resolución de un contrato de Carlos E. Córdoba contra Amelia v. de Correa. Magistrado ponente doctor Liborio Escallón 24

ACCION SOBRE ENTREGA DE VALORES O SOBRE RESTITUCION DE UNA PRENDA. — Se casa la sentencia de 29 de noviembre de 1939 del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Deogracias Montoya contra la Bolsa de Bogotá, S. A. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 28

ACCION DE "IN REM VERSO"— PRINCIPIOS DE INTERPRETACION PARA LA APLICACION DE LAS LEYES.—No se casa la sentencia de 31 de julio de 1939 del Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de José de la Cruz Delgado contra Teodosio Delgado, por pesos. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca. . 36

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO — NULIDADES — EMPLEADOS Y OBREROS O TRABAJADORES — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de 1º de diciembre de 1938 en el ordinario de Lucila Ortiz v. de Ledesma y otro contra Reinaldo Eladio Santos sobre nulidad de un juicio. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 43

PERJUICIOS — PRUEBAS — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 9 de febrero de 1939, en el ordinario sobre perjuicios seguido por Belisario Camelo y otro contra las sociedades Siemens-Baunion, Ltda., y Philipp Holzmann, S. A. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. 50

ACCION PRINCIPAL SOBRE DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO. CONDENA AL PAGO DE PERJUICIOS, Etc., Y ACCION DE RECONVENCION SOBRE RE-

Pág.

SOLUCION, Etc. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 17 de abril de 1939, en el ordinario de Hernando Villa, en su propio nombre y como apoderado de Alfonso Sánchez León y otros, contra el municipio del Guamo. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 57

ACCION DE NULIDAD DE UNAS ACTUACIONES JUDICIALES Y RESTITUCION DE BIENES—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva de 23 de noviembre de 1939, en el ordinario de César M. Díaz contra Simón Díaz y otros. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 73

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 30 de septiembre de 1938, en el ordinario de Juan de Dios Mosquera contra la Orden Tercera Franciscana. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 82

ACCION SOBRE DERECHOS A UNA HERENCIA Y REIVINDICATORIA—No se casa la sentencia de 31 de enero de 1940 del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Aurelio Caro A. y otros contra el Municipio de Villeta sobre la herencia de Prudencio Cortés. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 89

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION.— Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de octubre de 1939 en el juicio de sucesión de Concepción Forero de Gutiérrez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 95

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION — SISTEMAS JURIDICOS SOBRE TRANSMISION HEREDITARIA DE BIENES — Se casa la sentencia aprobatoria del segundo trabajo de partición dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 19 de septiembre de 1939 en el sucesorio de Balbina Pulido de Soto. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 98

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS — RENUNCIA DE LA PRESCRIPCION — INTERRUPCION — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 21 de agosto de 1939, en el ordinario de Samuel Guzmán contra la sucesión intestada de Luis Rincón S., por pesos. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.... 110

OPOSICION A LA ENTREGA DE UNA MINA — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 15 de diciembre de 1939, en el ordinario de Roberto Hunter contra Elías González. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 118

ACCION DE NULIDAD DE UNOS TITULOS Y OTRAS — PERSONERIA SUSTANTIVA—INTERPRETACION DE UNA CLAUSULA TESTAMENTARIA — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 10 de agosto de 1939, en el ordinario de Ana Alvarez contra Rafael Díez. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. 125

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ALGUNAS NORMAS PARA LA APLICACION DEL NUEVO CODIGO PENAL. — Se invalida el fallo del Tribunal Superior de Ibagué de 25 de julio de 1939 en el juicio penal contra José Isaac Casas Guerrero. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre. 131

MENSAJE AL CONGRESO Y PROYECTO DE LEY SOBRE REFORMAS A LA LEY 94 DE 1938.

COLABORACION DE LOS MAGISTRADOS DE LA SALA DE CASACION PENAL. 138

UNIDAD DE LA LEY PENAL.— RETROACTIVIDAD DE LA LEY PERMISIVA O FAVORABLE.— No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 10 de febrero del año en curso, que condenó a Víctor M. Díaz a pena de presidio por homicidio voluntario. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 295

Pág.

SALVAMENTO DE VOTO del doctor José Antonio Montalvo a la sentencia anterior 300

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

AVISO SOBRE EXPLORACION DE PETROLEOS — Se declara fundada la pretensión de la Compañía Explotadora del Carare, S. A., para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en el terreno denominado Título del Carare, Guayabito y Flórez. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 143

ACUMULACION DE AUTOS—SUS EFECTOS — Se confirma el auto de 15 de septiembre de 1939 y se infirma el de 18 de octubre del mismo año, proferidos por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio de Luis Andrés Gómez contra la Nación y la Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 169

ACCION DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD DELICTUAL — CONDUCENCIA DE PRUEBAS — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Tunja de 17 de noviembre de 1939 en el ordinario de Carmen Soler v. de Jiménez contra la Nación y el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 172

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR — Se niega la reposición solicitada del auto de 13 de julio de 1940 en el ordinario de Carmen Soler v. de Jiménez contra el Departamento de Boyacá y la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 174

ACCION PARA OBTENER INDEMNIZACION POR UN ACCIDENTE DE TRABAJO.—Se confirma la sentencia apelada del Tribunal Superior de Cali en el juicio de Ignacio Larrahondo contra la Nación, por pesos. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 176

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO.—Se confirma el fallo del Tribunal Superior de Bogotá de 11 de abril de 1939, en el ordinario por pesos de la señora Paz Martínez G. v. de Herrera contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado.... 178

DOCUMENTOS EN COPIA. — AUTOS SOBRE ALCANCES. — EMPLEADOS DE MANEJO—Se declaran no probadas las excepciones propuestas en el ejecutivo de la Nación contra Francisco Clement y otros. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado. 185

NO SE REPONE UN AUTO.—TRIBUNALES DE ADUANAS.—No se accede a reponer el auto de 24 de julio de 1940 de la Sala de Negocios Generales en el ordinario de la Sociedad Maizena S. A. contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 192

PERSONAS JURIDICAS. — FUNDACIONES. — CORPORACIONES. — Se confirma la sentencia apelada del Tribunal Superior de Manizales, de 31 de mayo de 1937, en el ordinario por pesos de Rodrigo Becerra contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 195

EXCEPCIONES. — PRUEBA DEL PAGO DE IMPUESTOS. — IMPUESTOS A LOS CAPITALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 7 de noviembre de 1939, que decidió sobre las excepciones propuestas en el ejecutivo del Departamento de Cundinamarca contra la sociedad "Leonard Oil Development Company". Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 200

AUTOS DE FENECIMIENTO.—Se declara probada una excepción en el ejecutivo de la Nación contra el señor Régulo García y otros. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 205

ALCANCES.—AUTO EJECUTIVO. Se declara probada una excepción en el ejecutivo de la Nación contra Abel M. de Irisarri y Joaquín Pablo García S. Magistrado ponente, Dr. Juan Antonio Donado. 209

EXCEPCIONES. — AUTENTICACION DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN EL EXTRANJERO. — PRUEBA SUPLETORIA

Pág.

DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS–Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá de 28 de septiembre de 1939, en el ordinario por perjuicios de Martín Afanador y Rosa Rubio contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 212

COADYUVACION EN LOS PLEITOS. — Se declara inadmisible la solicitud de coadyuvancia formulada por el apoderado de Juan N Triana Cortés y Alejandro Zea Rocha. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 217

RECURSO DE REPOSICION.—INTERVENCION DE TERCEROS EN EL JUICIO.—Se niega la reposición del auto de 27 de agosto último, de la Sala de Negocios Generales. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 219

SUCURSALES DE CASAS COMERCIALES. — SUCURSALES DE CASAS EXPLOTADORAS DE PETROLEOS. — Se confirma el fallo del Tribunal Superior de Bogotá de 31 de octubre de 1939, en el ejecutivo del Departamento de Cundinamarca contra la Texas Petroleum Company. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado 222

ACCION DE CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA — LIQUIDACION DE FRUTOS. — PERJUICIOS, ETC.—Se revoca la sentencia apelada del Tribunal Superior de Cartagena en el juicio por perjuicios de Julio C. Rodríguez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 228

EXHIBICION DE LIBROS.—No se accede a reponer el auto de 25 de junio pasado, que ha sido materia del recurso de súplica. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 234

PENSIONES CIVILES—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, de 5 de abril de 1940, en el ordinario de José Manuel Arrieta Bustillo contra la Nación sobre reconocimiento de una pensión de jubilación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 236

EXCEPCIONES. — Se declaran no probadas las excepciones propuestas en el ejecutivo de la Nación contra Juan de Dios y Alfonso Paredes. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 239

GASTOS DEPARTAMENTALES— Se revoca el fallo consultado del Tribunal Superior de Cartagena, de 4 de abril de 1940, en el ordinario de Raquel Sánchez de Hernández contra el Departamento de Bolívar. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado..... 242

CAJA DE AUXILIOS DE LA POLICIA NACIONAL.—Se declaran no fundadas las excepciones propuestas en el ejecutivo por pesos de la Nación contra Carlos Otero Santamaría y otros. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 247

BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES. — EXPROPIACION DE HECHO.—Se confirma el fallo recurrido del Tribunal Superior de Manizales de 21 de septiembre de 1939, en el ordinario de Fidel Márquez contra la Nación sobre reivindicación de una faja de terreno. Magistrado ponente, Dr. Juan Antonio Donado. 253

CAUCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS.—Se revoca el auto del Tribunal Superior de Tunja de 19 de julio de 1940 en el posesorio de la Junta de Patronos del Colegio Jesús, María y José contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 256

DELEGACION DE FUNCIONES PRESIDENCIALES. – Se declara no probada la excepción propuesta en el ejecutivo de la Nación contra José Silvestre Lacouture y otro. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 258

EJECUCION CONTRA EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.– AGENTES FISCALES. – CAPACIDAD PROCESAL DE LOS AGENTES FISCALES. — Se revoca el auto apelado del Tribunal Superior de Ibagué y se ordena librar orden de pago contra el Departamento del Tolima, en el ejecutivo de "The Marine Midland Trust Company of New York" contra dicho Departamento. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 262

Págs.

AVISO DE EXPLORACION EN BUSCA DE PETROLEO. — SISTEMAS DE CONCESION ANTERIOR DE LAS TIERRAS BALDIAS. — ENAJENACIONES DE TIERRAS ENTRE PARTICULARES ANTES DE LA LEY DE 1821 Y SU ALCANCE. — Se declara que la titulación presentada con el aviso de exploración por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, no acredita que el petróleo que pueda encontrarse en "La Estrella" y "La Toma", en el Municipio de Mariquita, sea de propiedad particular. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 275

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION DE EXENCION DE IMPUESTOS. — INDUSTRIA DEL BANANO E IMPUESTOS QUE DEBE PAGAR. — Se niegan las declaraciones solicitadas en el ordinario sobre exención de impuestos de la Magdalena Fruit Company contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 288

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

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

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

TOMO L ENERO y FEBRERO de 1941. Nos. 1964 y 1965.

LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO

POR BERNARDO LARRAIN VIAL

(Continuación)

3º

DERECHO SOVIETICO

72.—*El Código Civil de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia, rige desde el 1º de enero de* 1923.

Debido a la gran premura con que fue redactado adolece de muchos defectos. Su laconismo y vaguedad no son los menores (122).

La lesión la encontramos consagrada en el artículo 33: *"Cuando bajo la influencia de una extrema necesidad, una persona ha celebrado un acto jurídico que le es manifiestamente perjudicial, el Tribunal, a requerimiento de la parte lesionada, o de los organismos del Estado, o de las organizaciones sociales competentes, puede declarar nulo el acto o hacer cesar sus efectos para el futuro".*

Vemos que este artículo es más amplio y, al mismo tiempo, más restringido que el artículo 138 *del Código Alemán. Más amplio, porque no exige la comisión de un acto ilícito en el beneficiado, que no otra cosa significa la frase contenida en la disposición alemana "explotando la necesidad..." Al legislador ruso, en cambio, sólo le interesa el estado del lesionado. Es más restringido al establecer la exigencia de "una ex-*

(122) Lambert, citado por Morixe: Ob. cit., pág. 120.

trema necesidad" en la víctima, condición mucho más difícil de cumplir que la "ligereza, necesidad o inexperiencia" que consulta el citado artículo del Código Alemán.

Tampoco alcanza su extensión a la del derecho inglés, en que, como ya vimos, basta una influencia o presión más o menos inconsciente sobre la víctima para que ésta pueda invocar la "undue influence".

Algunos autores han creído que el Código Soviético, al preocuparse únicamente del estado de la víctima y no de la conducta del beneficiado, ha querido llevar la lesión hacia los vicios del consentimiento. Mas, no parece ser esta la opinión más acertada, porque ello se debe al interés que tiene la ley en proteger a la víctima, pasando por sobre toda consideración de índole jurídica.

Volviendo al análisis del artículo 33 de este Código, lo primero que nos llama la atención es que el juez tiene extensos poderes de apreciación. Puede anular el acto ab initio, como puede simplemente suspender su efecto para el porvenir.

Además, la acción no sólo pertenece a la persona lesionada, sino también a los representantes del Estado o de las organizaciones del Estado competentes. Queda, de tal modo, convertida la lesión en una verdadera institución de orden público. La ley se pone en el caso de que el lesionado quede en tal estado de ruina que no pueda entablar por sí mismo el proceso. El concurso de los funcionarios públicos es obligatorio cuando se trata de actos perjudiciales contratados por las familias de personas que han hecho su servicio militar en las tropas rojas (123).

73.—*Cuando se ha declarado nulo el acto, dispone el art.* 149: "...*la parte perjudicada tiene derecho a exigir de su co-contratante la restitución de lo que dio en virtud del contrato. La otra parte carece de este derecho". Esto último es una sanción para el beneficiado. Pero, como no se podrían dejar las cosas en este estado, agrega el artículo* 149: "*El enriquecimiento indebido de la parte lesionada se recobra a beneficio del Estado" (art.* 402). "*Esta última disposición establece: "El que se ha enriquecido a expensas de otra persona, a consecuencia de un acto de esa persona, ilegal o tendiente a lesionar al Estado, debe entregar en beneficio del Estado lo que ha recibido indebidamente".*

De los artículos precitados se desprende que pudiendo el mismo Estado entablar acción de lesión y siendo él el mayor interesado en que ella prospere, será un eterno fomentador de esta clase de juicios. Aquí resaltan los inconvenientes de este sistema, que, por lo demás, está en perfecta armonía con la orientación general del régimen soviético (124).

74.—"*Cuando un contrato, dice el artículo* 150, *en razón de explotarse la extrema miseria, no se declara nulo, sino rescindido para lo sucesivo, la parte perjudicada sólo puede exigir del co-contratante la restitución de las prestaciones por las cuales al tiempo de la resiliación del contrato no había recibido la contraprestación". Rige el mismo sistema, aplicable a todos los casos en que el enriquecimiento es causado por un contrato ilegal, porque dicho artículo agrega: "El enriquecimiento indebido de la parte perjudicada se recobra en beneficio del Estado (artículo* 402)".

Aquí el beneficiado perderá todo derecho a las prestaciones que, en el

(123) Eliachevitch, Tager y Barón Nolde: **Traité de Droit Civil et Comertial des Soviets,** t. II, págs. 13 y 14.

(124) Léase el artículo 149 del Código Civil Soviético.

momento de la intervención judicial, no habían sido seguidas de las correspondientes contraprestaciones. (125).

Conviene hacer notar la inconsecuencia que significa que se mencione en esta disposición la "extrema miseria" y no el término amplio de "extrema necesidad", empleado por el artículo 33. *Otra incongruencia entre estas dos disposiciones es la exigencia del artículo* 150, *contenida en la frase en razón de "explotarse la extrema miseria", lo que está indicando la voluntad de sacar partido de esta situación. En cambio, el artículo* 33 *prescindiendo de este requisito admite la nulidad desde el momento que una persona ha contratado "bajo la influencia de una extrema necesidad"* (126).

75.—*En la compra-venta no encontramos reglas especiales que se refieran a la rescisión por lesión en ese contrato. Los juristas soviéticos, aplicando las normas del derecho común de las obligaciones, manifiestan la tendencia de rescindir por lesión todas las operaciones donde el precio de venta es, o injustamente elevado, e injustamente bajo* (127).

Lo mismo se ha hecho con la estipulación de intereses, ya que ella no tiene un máximum fijado por el Código Civil. Así su abuso podrá perseguirse por las acciones que concede el artículo 33.

La prescripción de estas acciones no tiene un plazo especial y se aplica, por lo tanto, la regla general del artículo 44: *"Los derechos de acción en justicia se extinguen al expirar el plazo de tres años, si la ley no establece un nuevo plazo de prescripción".*

(125) Eliachevitch, Tager y Barón Nolde: Ob. cit., t. II, pág. 15.

(126) Josserand: Ob. cit., pág. 133, Nº 101.

(127) Eliachevitch, Tager y Barón Nolde: Ob. cit., t. II, pág. 86.

76.—*La cláusula penal está definida en el artículo* 141 *que dice: "Se reputa cláusula penal una suma de dinero o de cualquier otro valor patrimonial que una parte se compromete —en caso de inejecución o de ejecución irregular del contrato— a suministrar a la otra". Cuando se ha estipulado una de estas cláusulas el acreedor tiene derecho a exigir la reparación del perjuicio causado por la inejecución, o el pago del monto de la cláusula penal* (128).

Dada la tendencia general del derecho soviético a mirar con desconfianza el libre acuerdo de voluntades, se establece en el artículo 142 *del Código Civil:*

"Si el monto de la cláusula penal es desmesuradamente elevado en relación al daño real causado al acreedor, el tribunal, a pedido del deudor, tiene derecho a reducirlo. A este respecto, el tribunal, debe considerar:

1º *El grado en que el deudor ha ejecutado la obligación;*

2º *La situación de fortuna de una y otra parte;*

3º *No solamente el interés pecuniario, sino cualquier otro interés digno de la consideración del acreedor".*

La similitud entre esta disposición y la pertinente del Código Alemán salta a la vista. Sólo que aquí se agrega en el Nº 2º *del artículo* 142 *que el tribunal debe considerar la situación de fortuna de una y otra parte. Agregado lógico en una legislación que tiende a nivelar todas las fortunas.*

4º

Proyecto franco-italiano.

77.—*El Proyecto franco-italiano*

(128) Eliachevitch, Tager y Barón Nolde: Ob. cit., pág. 65.

del Código de las Obligaciones y Contratos, aprobado en París, en octubre de 1937, *dice en su artículo* 22: *"Si las obligaciones de uno de los contratantes están fuera de toda proporción con la ventaja que él retira del contrato o con la prestación del otro, de tal modo que, según las circunstancias, sea presumible que su consentimiento no ha sido suficientemente libre, el juez puede, a petición de la parte lesionada, anular el contrato o reducir las obligaciones.*

La acción de nulidad debe intentarse en el año que sigue a la conclusión del contrato. Ella puede evitarse por la oferta que haga la otra parte de pagar un suplemento reconocido suficiente por el juez. Todo esto sin perjuicio de las disposiciones especiales relativas a la lesión en ciertos contratos".

Se analiza brillantemente este artículo en la Exposición de Motivos de este Proyecto, redactada por Capitant, Colin, Ripert, Ascoli y de Ruggiero. Estos cinco —merecidamente famosos— tratadistas, nos dicen:

"Se ha admitido la acción general de lesión en los contratos cuando, por la desproporción entre la obligación asumida por uno de los contratantes y la ventaja que él saca del contrato, es presumible que su consentimiento no ha sido suficientemente libre. Se ha querido, por esta disposición, atacar la usura bajo sus formas más variadas. Es por eso que se ha elegido esta fórmula sacada del Código italiano de la colonia de Eritrea (artículo 1103), *y que se ha renunciado sea a establecer simplemente reglas limitativas a la tasa del interés, que son de una aplicación demasiado restringida y que pueden ser fácilmente burladas, sea a reproducir la regla del artículo* 138 *del Código alemán que se parece a esta disposición. La regla propuesta difiere de ésta del Código alemán en que este Código vicia expresamente el abuso de la necesidad, de la inexperiencia o de la ligereza de uno de los contratantes por parte del otro, mientras que el Proyecto toma más en consideración la falta de libertad del consentimiento de la víctima. Por otra parte, el Código alemán anula pura y simplemente el contrato como ilícito, mientras que el Proyecto da al juez el poder sea de anular, sea de corregir el vicio por la reducción de las obligaciones excesivas"* (129).

SECCION IV

Legislaciones que sólo reconocen a la lesión ciertos y limitados efectos.

1º

Derecho Español

78.—*El principio de la lesión en España ha sufrido muchas variaciones. Se le ha establecido, suprimido y restablecido muchas veces.*

El primitivo derecho, contenido en el Fuero Juzgo, desechó la lesión en el libro 5, *título* 4, *leyes* 6 *y* 7 (130). *Ello se explica si se considera que esta legislación fue tomada directamente del Código de Teodosio.*

Al gobernar Alfonso el Sabio, quien se había propuesto —al decir de García Goyena— "desnaturalizar y romanizar la legislación española", se introdujo la lesión en España. En el Fuero Real, ley 5, *título* 10, *se la establece a favor del vendedor cuando es perjudicado en más de la mitad del justo precio. Y en la ley* 56, *título* 5 *de la Partida* 5, *se la hace extensiva en las mismas condi-*

(129) Proyecto de Código de las Obligaciones y Contratos, pág. 42.

(130) García Goyena: **Concordancias del Código Civil español**, t. III, pág. 178.

ciones, al comprador. Ambas disposiciones hablan de "cosas" sin limitar, por tanto, su aplicación a los inmuebles. Tampoco, señalan un plazo dentro del cual pueda ejercerse la acción (131).

Posteriormente, se le hicieron algunas variaciones, como la de su extensión a todos los contratos, y la que establece un plazo de prescripción de cuatro años.

La Novísima Recopilación, publicada en 1803, *establece en su ley* 3, *título* 1, *libro* 10: *"y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios y en los otros contratos semejables; y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda del día que fueren fechos fasta cuatro años, y no después".*

De las disposiciones precitadas podemos apreciar con algún conocimiento, el error en que cayó García Goyena, inspirador del Código español. Explicando su rechazo de la lesión dice: "Tenía por si la autoridad de algunos Códigos modernos, y la más respetable (al menos para mí) del Fuero Juzgo y de los municipales que encierran la primitiva y verdadera legislación española: generalmente los primeros Códigos de todos los pueblos se acercan más a la recta y sencilla razón (132). *Es preciso recordar, que en la época en que esto se escribió imperaban sin contrapeso en el mundo del derecho la doctrina individualista y el principio de la autonomía de la voluntad.*

Así se llega al Código Civil español que sólo acepta la lesión en las particiones, y en favor de incapaces y ausentes.

79.—*El artículo* 1074 *del Código Civil español dice:*

"Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas". El artículo siguiente no admite que pueda ser impugnada la partición hecha por el difunto, salvo el caso que perjudique la legítima de los herederos forzosos, o que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador.

"El heredero demandado —dice el artículo 1077— *podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición".*

Artículo 1078.—*"No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados".*

Artículo 1079.—*"La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos".*

Esta acción —según el artículo 1076— *durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición* (133).

80.—*Tratándose de contratos dice el artículo* 1293: *"ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números* 1° *y* 2° *del artículo* 1291". *Y este artículo en sus números aludidos dice así: "Son rescindibles;*

1° *Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.*

2° *Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que és-*

(131) García Goyena: Ob. cit., t. III, página 178.

(132) García Goyena: Ob. cit., t. III, página 180.

(133) Valverde: **Tratado de Derecho Civil español**, t. V, pág. 606.

tos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior".

Para la mejor comprensión de este artículo, diremos que el menor, respecto a la contratación, puede encontrarse en tres diferentes situaciones. Si contrata por sí mismo no hay motivo de rescisión sino de nulidad. En segundo lugar, si es el tutor quien contrata autorizado por el consejo de familia, tampoco hay motivo de rescisión y sólo cabrá la acción de nulidad. La última situación se presenta si el tutor contrata sin autorización del consejo de familia; es el caso en que se ha puesto el Nº 1º del artículo 1291, es decir, se aplica la rescisión por lesión a los contratos que el tutor puede celebrar por sí solo (134).

Expresa el artículo 1293 que "la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio". Y el tiempo para ejercitarla dura cuatro años. "Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros o sea conocido el domicilio de los segundos" (135).

En conformidad al artículo 1295, la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses. Si esto es imposible, por hallarse las cosas legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, habrá derecho a reclamar indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

81.—*El Fuero Juzgo y las partidas establecieron que la cláusula penal debía pagarse tal como se estipulaba. Pero el Fuero Real en su ley 5, título 11, libro 1 y en la ley 10, del título 4, "De las penas", del libro 4, concedió valor a la cláusula penal con que las partes quieran asegurar el cumplimiento de sus pleitos contratos, siempre que dicha pena no excediera del duplo de la obligación principal. Esta situación fue expuesta, con mayor claridad aún, por la ley 247 de las leyes de Estilo.*

El Código Civil ha concedido una absoluta libertad para la estipulación de estas cláusulas.

82.—*El préstamo a interés se reglamenta desde antiguo en la legislación española. El Fuero Juzgo, en los números 8 y 19, título 5, libro 5, establece un interés máximo del 12, 5 por 100 al año. Y si el usurero le hiciere prometer más "pierda las usuras todas cuantas le prometiera".*

El Fuero Real limitó el interés al 25 por 100 anual, bajo pena de restituírlo doblado.

En la Partida 5 se prohibió en absoluto toda estipulación de intereses en el préstamo. Lo mismo se hizo en el título 23 del Ordenamiento de Alcalá.

La Novísima Recopilación, en su título 22 del libro 12, prohibe los contratos con judíos y moros en que se pacten intereses o usura, "porque se halla que el logro es muy gran pecado". Y agrega en la ley siguiente: "cualquier cristiano o cristiana de cualquier estado y condición que sea, que diere a usura, que pierda todo lo que diere o prestare, y que sea de aquel que recibiere el empréstito, y peche otro tanto como fuere la cuantía que diere a logro, la tercia parte para el acusador y las dos partes para nuestra Cámara" (136)

Sin embargo, el Código Civil no limitó la estipulación de intereses, lo que sólo se hizo en 1908 por la ley

(134) Valverde: Ob. cit., t. III, pág. 303.

(135) Artículo 1299 del Código Civil español.

(136) Sobre intereses véase, Pereira: **Del contrato de mutuo.** Memoria de Licenciado.

Azcárate, que adoptó en España un sistema parecido al germánico (137)

SECCION V

Legislaciones que no reconocen a la lesión efectos jurídicos.

83.—Código Civil Portugués. — *Este Código declara en su artículo* 1582: *"La venta no podrá ser rescindida por causa de lesión o en razón de vicios redhibitorios, sino en el caso que esa lesión o estos vicios sean causa de un error que haga nulo el consentimiento, según los términos de los artículos* 656 *a* 668 *y* 687 *a* 701, *o a menos que se haya estipulado expresamente lo contrario". En consecuencia, la lesión en sí misma nada vale, ella no representa más que una de las formas del error.* (138).

Tampoco se acepta esta institución en favor de personas menores.

En la cláusula penal y en la estipulación de intereses rige la sola voluntad de las partes.

84.—Código del Brasil.—*La legislación anterior a este Código, dictado en* 1916, *conocía la rescisión de la venta por lesión y la concedía en favor del comprador y vendedor perjudicados en más de la mitad. El Código la rechaza en absoluto.*

El artículo 920 *impone como única limitación de la cláusula penal la de no sobrepasar el monto de la obligación principal.*

La contratación de intereses convencionales es ilimitada.

85.—Código Civil de Guatemala. *Su artículo* 1630, *dice: "la ley no reconoce nulidad ni rescisión de contrato por lesión enorme o enormísima".*

86.—Código Civil Argentino. — *Rechaza expresamente la lesión, en su artículo* 1351, *al decir: "la estipulación que hicieren la persona o personas designadas para señalar el precio, es irrevocable, y no hay recurso alguno para variarlo".*

"La obligación puede llevar intereses —dice el artículo 621— *y son válidos los que se hubieren convenido entre deudor y acreedor".*

TITULO III

LA LESION ANTE LA DOCTRINA

Sección I

Concepto doctrinario de la lesión.

87.—*La misma preocupación de los canonistas, que buscaban el imperio de la equidad, es la que mueve a nuestros actuales legisladores a hacer de la lesión una institución aplicable a toda clase de actos jurídicos. "La tendencia que se manifiesta en nuestros días —dice Markovick— hacia una extensión de la noción de lesión, nos muestra asimismo el esfuerzo que hace el derecho para sustraerse a las fórmulas abstractas y reemplazarlas por una justicia concreta"* (139).

El elemento básico de la lesión es el del perjuicio material sufrido por la víctima. Cualquiera que sea la importancia concedida a los otros elementos que intervienen en ella —variable en cada legislación—éste primero no puede faltar. Para apreciar el perjuicio material es necesario, ante todo, tener un concepto definido del valor. Ello nos llevaría a estudiar un arduo problema de Economía Política, que se sale del campo de nuestro trabajo. Bástenos saber que los economistas, aún, no han logrado ponerse de acuerdo sobre su exacto contenido.

(137) Morixe: Ob. cit., pág. 143.

(138) Levy-Ullmann, en **Bull. de la Soc. d'Etud. Leg.,** año 1922, pág. 37.

(139) Markovitch: **Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif,** pág. 216.

Para algunos el valor es un concepto de apreciación individual, subjetivo, distinto para cada persona; habiendo, por lo tanto, no uno sino muchos valores. Este es el que se ha dado en llamar valor de afecciones individuales, y que no tiene para nosotros interés alguno.

El concepto de valor, que aquí hemos de considerar, es el que se desprende de la estimación general o común que se tenga del objeto. Es el precio corriente o valor de cambio regulado por la ley de la oferta y la demanda, cuya apreciación es sencilla y práctica. Se deja, así, al criterio judicial circunscrito objetivamente a ciertos límites y se evita la arbitrariedad (140).

88.—*Los partidarios de la lesión han debido sostener una prolongada lucha con los defensores del tradicional principio de la autonomía de la voluntad, que al decir de Duguit, "es un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica, es el poder del hombre de crear por un acto de voluntad, una situación de derecho, cuando éste acto tiene un objeto lícito....."* (141).

Los defensores del principio de la autonomía de la voluntad, argumentan: que siendo válida toda obligación libremente contraída, no se ve como podría rescindirse después por la sola circunstancia de existir una desproporción entre las respectivas prestaciones. A ello argumenta Planiol que si bien es cierto que la libertad es la regla general, no lo es menos que la voluntad privada es autónoma salvo los límites fijados por la ley (142).

Además, dada la actual constitución de la Sociedad, desprovista casi por completo de toda base moral, creemos indispensable la intervención legislativa que imponga por medio de medidas enérgicas y oportunas el imperio de la justicia. "El hombre no tiene el derecho de ser libre; tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidad y de cumplir su misión social" (143).

Hoy día es la voluntad la que está al servicio del derecho y no el derecho al servicio de la voluntad. Saleilles cree que ya no será posible decir "esto es justo porque ha sido querido; sino: esto debe ser querido porque es justo" (144).

Indiscutiblemente, la doctrina de la autonomía de la voluntad sufre un notable menoscabo con la aceptación de la teoría de la lesión, pero las necesidades sociales son imperiosas y deben sobreponerse a las consideraciones doctrinales: Tan es así, que, hoy día, una persona ni siquiera de la suerte de su existencia puede disponer libremente (145).

89.—*Otro principio que se siente amagado con la introducción de la teoría de la lesión es el de la seguridad, elemento indispensable para todo desarrollo del comercio jurídico;*

---

(140) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 630, número 406; Baudry Lacantinerie, **De la vente,** pág. 737, Nº 702; Troplong: **De la vente,** t. II, pág. 315, Nº 812; Laurent: Ob. cit., t. XXIV, pág. 428; números 433 y 434; Fuzier Herman: **Répertoire Général Alphabétique du Droit Francais,** t. XXVI, pág. 200, número 364.

(141) Duguit: **Las transformaciones del derecho,** pág. 53.

(142) Planiol: Ob. cit., t. I, Nº 288.

(143) Duguit: Ob. cit., pág. 39.

(144) Saleilles: Ob. cit., pág. 351, número 60; véase sobre esta materia: Gény: Méthode **d'interpretation,** págs. 580 y sig.

(145) En Chile tenemos un ejemplo de esta nueva tendencia, en la Ley "Sobre Medicina Preventiva", publicada en febrero de este año, cuyo artículo 12 dispone: "El obrero o empleado sometido al régimen de reposo preventivo, no podrá desempeñar en las horas destinadas a este tratamiento, ninguna otra clase de trabajos remunerados y si lo hiciere perderá el derecho a disfrutar de los beneficios que establece esta ley". Se declara irrenunciable el derecho a la jornada de reposo preventivo en el artículo 11.

pero, con el mismo criterio se deberían suprimir los vicios del consentimiento y las demás causales de nulidad, tanto absoluta como relativa, pues todos ellos afectan en igual forma al principio de la seguridad en los actos jurídicos.

Es preciso, también, observar, que es tan importante la seguridad de un contratante como la del otro, lo que nos obliga a considerar el interés conjunto de ambas partes. "Y cuando el interés derivado del contrato, se juzga con criterio unilateral se cae en un egoísmo imperdonable. El contrato, cualquiera otra institución, es respetable sólo en la medida en que sirve los altos intereses de la solidaridad humana; en caso contrario, no puede pretender gozar de su fuerza obligatoria" (146). *Luego, la lesión está por sobre el concepto de seguridad, y podríamos concluír, con Lucas, que ella es, en la formación del contrato, lo que en su ejecución es la fuerza mayor* (147).

Sección II

Naturaleza jurídica de la lesión

90.—*Diversos han sido los fundamentos dados por los autores a esta institución. Mas, no obstante, esta imprecisión o carencia de un fundamento claro, ella ha perseverado a través de las diversas épocas de la historia, demostrando así su necesidad. Analizaremos algunos de los fundamentos que se le ha pretendido asignar.*

91.—*La mayoría de los autores estima que la lesión es un vicio del consentimiento* (148). *Algunos la identifican con los ya conocidos: el error, la fuerza o el dolo. Otros le asignan la calidad de un vicio propio. Recorreremos una a una estas cuatro suposiciones.*

El error es un vicio que supone una falsa opinión sobre un hecho determinado. Fuera de que el valor no es un hecho que tenga una verdad que se pueda conocer, en la lesión no sólo no existe tal opinión falsa sino que el lesionado contrata a sabiendas. Podríamos multiplicar los ejemplos. Bástenos algunos de ellos: el capitán que para salvar su nave ofrece un premio exhorbitante, el que contrata un mutuo a un interés usurario, el que vende o compra por necesidad, etc.

La fuerza es una presión a la que es imposible sustraerse en un momento determinado. Ella debe, necesariamente, emanar de una persona. Sin embargo, una corriente moderna trata de hacerla extensiva a la presión que se origina de los elementos naturales. Pero, ni aún así, podría ella alcanzar aquellos actos que fueran el resultado de la ligereza o inexperiencia de una de las partes, como ocurre en muchos casos de lesión.

El dolo implica la existencia de una maniobra fraudulenta, maniobra que, todos reconocerán, no existe en el caso del obrero que solicita trabajo, ni en quien pide y ruega se le conceda un préstamo usurario.

Baudry Lacantinerie sostiene que la lesión es un vicio propio del consentimiento, que en la venta de inmuebles resulta del apremio moral causado por la imperiosa necesidad

(146) Parada: Memoria de Licenciado; Demogue: **Nociones fundamentales en derecho privado,** págs. 63 y sig.

147) Louis-Lucas: Ob. cit., pág. 104.

(148) Véase, Planiol Ob. cit., t. I, pág. 110, Nº 284; Georgi: Ob. cit., t. IV, pág. 128; Huc: Ob. cit, tomo VII, pág. 60; Louis-Lucas: Ob. cit., página 95; Laurent: Ob. cit., tomo XXIV, pág. 433, número 440; Baudry-Lacantinerie: **Des Obligations,** t. I, página 168.

del dinero; y en las particiones es el resultado "sea de un error, sea de la posición desventajosa de uno de los coherederos que estaba impaciente de obtener su lote para procurarse dinero". Dice que en los dos casos es un vicio distinto del error y de la violencia (149). *Nos parece exagerado y difícil catalogar como cualidad de la voluntad — esencialmente inmaterial — al daño experimentado, elemento básico. Cualquier contratante podría pedir la rescisión estableciendo la necesidad a que ha cedido; cuando, si bien la necesidad obliga a contratar en condiciones desfavorables, no se pierde por ella la voluntad de contratar* (150).

"En efecto, dice Ricci, si se sostiene que la lesión en el justo precio hace presuponer, o error de parte de quien ha consentido en vender cosa suya, o coacción moral por parte de quien ha tenido otra intención o engaño, o dolo por parte del que adquiere a precio ínfimo; no sólo no se tiene motivo alguno para establecer con esta nulidad una nulidad especial regulada por reglas propias, mientras que debiera estar sometida a las normas que exigen la nulidad de los contratos en general por vicios en el consentimiento; pero es absurdo decir que dicha causa de nulidad deba proceder tan sólo en el contrato de compra-venta, y no en los demás contratos...." Agrega, más adelante el mismo autor: "la lesión en el justo precio es consecuencia de error, de violencia o de artificios usados por una de las partes en perjuicio de la otra, y en este caso la compra-venta no es rescindible por lesión, sino anulable, como anulables son todos los demás contratos en que se encuentran los mismos vicios del consentimiento, o no ha habido allí error, ni violencia, ni dolo, por haber consentido libremente el vendedor en vender su finca por un precio inferior al real, y en este caso no se comprende por qué no debe ser lícito el vender a un precio inferior al verdadero, cuando el propietario puede disponer como le plazca de la cosa suya, despojándose de ella también en favor de otro, o destruyéndola (151).

En resumen, el fundamento de la lesión no puede estar entre los vicios del consentimiento. Habrá casos, como el de quien solicita un préstamo a intereses excesivos, sabiendo que con ese dinero obtendrá un interés aún mayor, en que se celebra el contrato teniendo el consentimiento puro y libre. Se concibe, perfectamente, la existencia de lesión sin que concurra ningún vicio del consentimiento. Si alguno de estos vicios la acompaña quiere decir que coexisten, simultáneamente, en un mismo acto, dos instituciones enteramente distintas: lesión por un lado, y error, fuerza o dolo por otro. El perjudicado optará por la acción que más le convenga.

92.— *Constituye el reverso del fundamento anterior el que la atribuye a una falta o insuficiencia de causa. Ahora se considera, únicamente, su elemento objetivo.*

"La ausencia completa de toda contraprestación, en un contrato que por su naturaleza la implica, cae bajo la represión de falta de causa" (152). *Pero, aceptar que la sola inequivalencia de ellas — caso mucho más frecuente — constituye insuficiencia de causa, nos llevaría a estimar como lesivos todos los contratos en que haya una desproporción entre las respectivas prestaciones, por pequeña que sea. Sería un vicio que*

(149) Baudry-Lacantinerie: Des Obligations, t. I, pág. 168.

(150) Louis-Lucas: Ob. cit., pág. 80.

(151) Ricci: Ob. cit., t. XVI, págs. 174, 175 y 176, número 62.

(152) Louis-Lucas: Ob. cit., pág. 73.

no podría sanearse por prescripción, y habría que extenderlo a toda clase de contratos celebrados a título oneroso (153).

93.—*Otros autores encuentran el fundamento de la lesión en la equidad. Así dice Pothier: "La equidad debe reinar en las convenciones: de lo que se sigue que en los contratos interesados, en los cuales uno de los conmutativos, da o hace alguna cosa para recibir otra como precio de lo que él da o de lo que él hace, la lesión sufrida por uno, aunque el otro no haya usado de ningún artificio para burlarlo, es por ella misma suficiente para hacer viciosos los contratos. Pues, la equidad, consistiendo en la igualdad en los actos de comercio, desde que esta igualdad se ha alterado, y que uno de los contratantes da más de lo que recibe, el contrato es vicioso, porque peca contra la equidad que debe reinar en él"* (154).

Creemos, no obstante, que la equidad debe imperar en todo el derecho, y buscar, por lo tanto, el fundamento de una institución en ella es ir demasiado lejos y referirse al fundamento general y primero de todas las instituciones.

94.—*Se ha pretendido fundamentar la lesión en el orden público, pero, en verdad, parece exagerado suponer que toda la lesión lo contraríe. Fuera de la violación de las leyes de tarificación y de represión a la usura, creemos difícil encontrar otros casos de lesión que afecten las instituciones básicas de una sociedad.*

95.—*Josserand, sostiene que los contratos lesionarios constituyen un abuso del derecho de contratar. Reconoce, el mismo, que su teoría no tiene cabida en las legislaciones de carácter objetivo, como la francesa; pero, cree puede aplicarse a los sistemas modernos que llevan envuelta la idea de explotación* (155).

A pesar de todo, si aceptamos, junto con Josserand, que abuso del derecho es "el ejercicio de un derecho que no representa ventaja alguna para su titular y que persigue exclusivamente un propósito nocivo", nos parece evidente que no sería éste el verdadero fundamento de la lesión. Quien se beneficia con un acto lesionario persigue siempre el logro de una utilidad (156).

96.—*Afirma Demontés, que ya que no se encuentra el fundamento de esta institución en la voluntad viciada del lesionado ni tampoco en la simple desproporción de las prestaciones, no queda más que un lado hacia el cual volverse: la persona del que ha lesionado a otro. Partiendo de un postulado de Kant que consagra el respeto de la libertad de los demás, concluye que la rescisión por lesión no es más que la sanción impuesta a quien viola este principio. Es el mismo contemplado por Ripert al decir que "una ley más alta que la humana ha mandado no buscar en su prójimo un medio para la felicidad o el placer* (157).

Sostiene Demontés, que su doctrina está de acuerdo con el desarrollo histórico de la lesión. En Roma fue represiva. En la Edad Media esa fue su tendencia y en la Alemania actual no es más que una generalización de leyes penales sobre la usura. Concluye, entonces, que el verdadero fundamento de la lesión está en la comisión de un acto ilícito, en la explotación aún inconsciente, que ejecuta el beneficiado, y resume su

(153) Véase Morixe: Ob. cit., pág. 178.

(154) Pothier: Ob. cit., t. I, pág. 21.

(155) Josserand: **L'esprit des droits,** página 140, número 104.

(156) Es la fórmula dada por Josserand: **L'abus des droits,** págs. 43 y sig.; Bonnecase: **Supplément,** págs. 441 y sig.

(157) Ripert: Ob. cit., pág. 118.

doctrina en las tres siguientes conclusiones:

"1° *La lesión es esencialmente el acto ilícito de un contratante que se aprovecha de circunstancias exteriores para someter a la otra parte a su voluntad;*

2° *El lesionado experimenta, no un vicio de consentimiento, sino un ataque a la integridad y a su personalidad jurídica y a los derechos eminentes que le son afines; y*

3° *El daño resultante de la lesión es manifestación material de este ataque al derecho del lesionado; él debe ser reparado por el contratante que lo ha cometido en virtud del principio de la responsabilidad*" (158).

Se coloca así a la lesión en las fronteras entre el derecho penal y el civil. En el derecho civil introduce la idea represiva, es una especie de pena privada. Al derecho penal le suprime la exigencia de una intención culpable, porque, como observa Saleilles, no es necesario que el lesionador tome la iniciativa de proponer el acto jurídico, basta que acepte la oferta de realización hecha por el lesionado para que incurra en la explotación (159).

En estas circunstancias, la explotación o acto ilícito cometido por el lesionador que se limita a aceptar una oferta, no es de tal gravedad que pueda estimársela como delito. Al igual que la equidad, sería éste un fundamento demasiado amplio y general, susceptible de aplicarse a todas las instituciones jurídicas.

97.—*Creemos que el verdadero fundamento de la lesión se encuentra en una medida de protección al débil, al necesitado, al que, por cualquier motivo, se halla en un estado de inferioridad con respecto a su co-contratante. Ya en Roma fue éste el antecedente que se tuvo para implantarla. En el rescripto de Dioclesiano se invocan razones de humanidad.*

No nos debe extrañar que el Estado acuda en auxilio de personas mayores, sanas y capaces. Es lo que ocurre con las leyes de protección al empleado y al obrero. Las necesidades sociales de nuestra época lo han obligado a recurrir a esta clase de intervenciones "por motivos de humanidad de alta protección, de tutela en favor de individuos, que, en razón de circunstancias particulares, como la necesidad, no es presumible que tengan toda la libertad de consentimiento deseable" (160).

"Si son éstas las condiciones de la convivencia social, ¿se culpará al legislador, si considerando éstas con el debido examen, ha derogado los principios de derecho para conceder una protección especial al vendedor? Como bien se percibe, no se trata aquí de una coacción que uno de los contratantes ejerza sobre el otro, en cuyo caso se podría deducir la nulidad del contrato por vicio de consentimiento, sino que se trata de una coacción que surge de las condiciones mismas en que el vendedor se encuentra, coacción que si no puede ser apreciada según las reglas de derecho, bien puede serlo según los dictámenes de la equidad" (161).

Cuando las múltiples y variadas circunstancias de la vida ponen a un contratante a merced del otro, el derecho debe amparar al primero y tratar por todos los medios de equilibrar sus respectivas situaciones aun cuando no haya habido explotación consciente ni deliberada de parte del beneficiado. Es la doctrina

(158) Demontes: Ob. cit., págs. 213 y sig.

(159) Saleilles: citado por Morixe: Ob. cit., página 182.

(160) Demolombe: **Cours de Code Napoléon**, t. I, pág. 17.

(161) Ricci: Ob. cit., t. XVI, pág. 178, número 62.

sustentada por el artículo 33 del Código Civil Soviético, que establece la nulidad o la cesación de efectos para el futuro, de todo acto jurídico manifiestamente perjudicial para quien lo ha realizado bajo la influencia de una extrema necesidad. Por eso, podemos decir con Alessandri, que "son razones de interés práctico, de interés social y no de carácter jurídico las que han dado origen a esta institución y pretender encontrar en el derecho lo que arranca de una necesidad de hecho es buscar un imposible" (162).

Sección III

Aplicación práctica y extensión del principio de la lesión

98.—*Analizaremos en primer lugar los elementos necesarios para que tenga lugar la lesión. Ya hemos visto las ventajas y los inconvenientes de los diversos sistemas aplicados por las principales legislaciones. El sistema francés, seguido por nuestro Código, reduce al solo elemento objetivo la apreciación de la lesión. El sistema inglés que, pasándose al otro extremo, estima cualquier incorrección como causal suficiente para que intervenga el poder judicial, por pequeño que sea el daño. Por último, nos referimos, también al sistema mixto seguido, especialmente, por los Códigos de Alemania y Rusia. Estimamos que en primer lugar es necesaria la existencia de un daño o perjuicio que podrá ser, o bien determinado previamente por el legislador, o dejado a la apreciación judicial. Siempre ha de ser de una cierta magnitud que deje a salvo la legítima utilidad que las partes persiguen al contratar. No hay que olvidar que "la teoría de la lesión no tiene su base en la desigualdad de las prestaciones, pues en todo contrato uno de los dos pierde o gana, además, el valor es una noción cambiante. Ella no tiene su base en el microcosmo de dos contratantes sino en esa idea más amplia de una desigualdad tal que atente profundamente a un contratante"* (163). *En caso contrario nadie osaría contratar, pues nadie tendría seguridad en que su contratante no lo demandara luégo pidiendo la ineficacia del acto celebrado con él* (164).

Pero, esta sola condición no basta; creemos indispensable la concurrencia de una segunda, porque "no es la desproporción de las prestaciones, la que puede hacer caer el contrato; es lo que revela esta desproporción, que ha habido explotación de uno de los contratantes es un contrato que no reposa en la idea de especulación (165). *Esta segunda condición se derivará, para nosotros, del fundamento que le hemos dado a la lesión. Será, entonces, el estado de inferioridad en que debe encontrarse el lesionado en relación al lesionante. Sin esta inferioridad que puede provenir de la necesidad, inexperiencia, miseria, etc., de la víctima, la inequivalencia debe desdeñarse, puesto que ya no se hace necesaria la protección legislativa. Recobra, entonces, su fuero el derecho común y rige el principio de la autonomía de la voluntad. Insistimos en que esta segunda condición se refiere, únicamente, al estado de inferioridad de la víctima y no a la explotación que ella sufre por causa del beneficiado. Se evita así el inconveniente, presentado en Alema-*

(162) Alessandri: **De la compra-venta**, página 1055.

(163) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 614, número 395.

(164) Josserand: **Les mobiles dans les actes juridiques**, pág. 125, número 96.

(165) Ripert: Ob. cit., pág. 121.

nia, de hacer recaer sobre la víctima el peso de la prueba, casi imposible, de haber sido explotada conscientemente por el beneficiado.

99.—*Veremos, ahora, algunos casos, en que, a pesar de reunirse los dos requisitos a que nos hemos referido, no se aplica la lesión o su aplicación es muy discutible.*

a) A los comerciantes.—"*Quien se aventura en las contingencias del comercio, quien escoge la lucha como medio de vida, debe quedar abandonado a sus propias fuerzas. El comercio es la especulación y quien especula debe afrontar las consecuencias que de tal acto se deriven*" (166).

Además, lo que el comercio pide es rapidez y seguridad en las transacciones (167).

b) Contratos aleatorios.—*El diccionario de Escriche, los define como aquellos "contratos recíprocos, cuyos efectos, en cuanto a las pérdidas y ganancias, para cualquiera de las partes o para todas ellas dependen precisamente de un acontecimiento incierto" Implican fatalmente la posibilidad de ganar o perder. Por lo tanto, la naturaleza misma de estos contratos justifica que se les excluya de la lesión.*

"*El Código — dice Laurent — no consagra esta excepción, y el legislador ha hecho bien en no formularla en términos absolutos. En teoría un contrato aleatorio excluye la idea de lesión. Si el objeto de la venta es un álea igual para ambas partes, la que pierde no puede decir que está lesionada, pues habría podido ganar; el precio en este caso, no se paga como equivalente de la cosa, si no como equivalente del álea. De ahí se sigue que si el álea es realmente igual, el vendedor no puede pedir la rescisión por lesión. Pero queda siempre por determinar en el hecho si ha habido iguales expectativas de ganancia y de pérdida para cada una de las partes; puesto que puede ocurrir que la venta, aunque recaiga sobre una cosa incierta y aunque el precio mismo sea aleatorio, presente, sin embargo, una ganancia cierta para el comprador y una pérdida cierta para el vendedor; si esta pérdida va más allá del límite legal habrá lugar a la rescisión por causa de lesión*" (168). *Es lo que dice, en otros términos, Demogue: "En sí, la lesión no es incompatible con la del contrato aleatorio. Científicamente, gracias al cálculo de probabilidades, un acontecimiento sometido a la suerte tiene posibilidades determinadas de producirse y puede tener un valor matemático. Pero la jurisprudencia, con bastante razón, tiende a no colocarse en este terreno puramente científico, debiendo la ley responder de los hechos prácticos más que estar en armonía con las abstracciones lógicas y matemáticas*" (169). *Participamos plenamente de esta última opinión y hacemos nuestro su atinado comentario.*

c) Contratos gratuitos.—*Creemos que tampoco debe aplicárseles la lesión, porque quien nada arriesga, nada tiene* (170). *En la Edad Media se rescindían las donaciones, lo que equivalía, en la práctica, a poner al donatario a merced del donan-*

(166) Morixe: Ob. cit., pág. 198.

(167) Ripert: Ob. cit., pág. 120.

(168) Laurent: Ob. cit., t. XXVI, página 419, número 427; véase en el mismo sentido, Troplong: Ob. cit., t. II, pág. 289, número 790; Planiol: Ob. cit., t. II, pág. 515, número 1589; Marcade: Ob. cit., t. VI, pág. 325; Huc: Ob. cit., t. X, pág. 262, número 191; Ricci: Ob. cit., t. XVI, págs. 187 y 7, número 68; Aubry y Rau: Ob. cit., pág. 177 y 8, t. V; Fuzier Herman: Ob. cit., t. XXVI, pág. 189, números 214, 215 y 216.

(169) Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 634, número 413.

(170) Dumoulin, citado por Ripert: Ob. cit., pág. 122, nota 1; Demogue: Ob. cit., t. I, pág. 632, número 410.

te, puesto que este último es el único que sabe cuál es la extensión exacta de las obligaciones que entendía imponer a su co-contratante.

d) Contratos celebrados por el ministerio de la justicia.—*Se justifica la exclusión de la lesión en esta clase de contratos por la gran publicidad a que son sometidos, y la garantía que significa la presencia de un funcionario público* (171).

Mas, no obstante esta gran publicidad se han registrado casos de lesión en estas ventas. M. Troullier cuenta lo ocurrido en las ventas hechas por los ferrocarriles en provincias. Las mercaderías que quedan en una estación son vendidas por las compañías en subasta pública, y los compradores, aprovechándose de esta situación, se ponen de acuerdo para no presentarse hasta que éstas lleguen a un precio inferior al 90 *por* 100 *ó* 97 *por* 100 *del valor real* (172).

100.—*La lesión puede llevar consigo, o la rescisión del acto jurídico lesionario, o el restablecimiento del equilibrio de las respectivas prestaciones. El segundo de estos objetos se consigue mediante la reducción, que sirve tanto para aumentar como para reducir las obligaciones.*

Muchas veces la rescisión no basta, por sí misma, para reparar la lesión. Ello ocurrirá cuando el contrato ha sido ejecutado por una de las partes. Algunos ejemplos aclararán la situación. Supongamos que en un contrato de asistencia marítima, se ha pactado una retribución exagerada, y que el remolque ya ha tenido lugar. Salta a la vista, que, en este caso, sería injusto limitarse a rescindir el contrato y dejar sin ninguna retribución un servicio que ha sido utilísimo. Lo mismo ocurre tratándose de una venta de cosas ya consumidas o de una locación de servicios que ya se han prestado.

Aun en el caso en que el contrato no ha sido ejecutado, siempre será más favorable la reducción que la rescisión ya que aquella permite mantener el contrato útil para la parte más digna de protección.

101.—"*Para satisfacer la justicia entre dos individuos, no hay que llegar a la injusticia con respecto a los terceros*". *Esta profunda verdad es, generalmente, olvidada. Por eso creemos indispensable consignar que la rescisión no producirá efectos frente a terceros. Así se evita que cada vez que se rescinda la primera venta sea desposeído el tercer adquirente como si tuviera un título emanado de un no propietario* (173).

102.—*Estimamos de gran conveniencia la existencia de un plazo breve de prescripción. Se evitaría, en mucho, la inseguridad que ella pueda acarrear. A nuestro entender dos años sería un término prudente que conciliaría todas las opiniones.*

La acción de lesión la podría ejercitar solo la víctima o su representante. No hay que olvidar que es una institución que tiene por exclusivo objeto proteger al lesionado.

CONCLUSION

103.—*Estudiada la lesión en sus diversos aspectos; conocida su aplicación desde los tiempos remotos de la Grecia, pasando por Roma, por la Edad Media y por la Epoca Moderna hasta llegar a las más recientes legislaciones y discutida la institución en doctrina, ha llegado el momento de sacar algunas conclusiones.*

(171) Planiol: Ob. cit., t. II, pág. 505, número 1589; Demogue: en **Bull. de la Soc. d'Etud. Leg.**, año 1922, pág. 28.

(172) Troullier: en **Bull. de la Soc. d'Etud.** Leg., año 1922, pág. 49.

(173) Demontes: Ob. cit., pág. 222. Demogue: en **Bul.. de la Soc. d'Etud. Leg.**, año 1922, págs. 27 y 28.

La permanencia de la lesión a través de todas las épocas nos prueba cuán arraigada se encuentra y la enorme equivocación de quienes la combaten pretextando una quijotesca defensa de la integridad del principio de la autonomía de la voluntad. A ellos se les contesta que consagrar en las legislaciones una igualdad de derechos mientras existe una tan grande desigualdad de hecho entre los hombres constituye casi una burla. Si la ley no protege al necesitado, al ignorante, al que se encuentra en un estado de inferioridad no cumple su cometido. Luego, para nosotros, la lesión es una medida de protección, que tiende a favorecer a aquellos contratantes colocados en un estado de inferioridad con respecto a su co-contratante, de aplicación general a todos los casos en que se presente esta situación. Negamos, la opinión tan generalizada entre los autores, que ella sea un vicio del consentimiento o una causal de rescisión aislada para ciertos contratos.

104.—*Nos queda por establecer el criterio conforme al cual propiciaríamos la consagración de la lesión en Chile. A nuestro parecer, el que se conforma mejor con su fundamento doctrinario y con la idiosincrasia de nuestro Poder Judicial es el seguido por aquellas legislaciones que contemplan la lesión como un vicio a la vez objetivo y subjetivo.*

Rechazamos el criterio objetivo por considerarlo demasiado rígido e inflexible. Muchos casos de injusticia notoria e irritante permanecerán inatacables gracias a que el perjuicio no ha alcanzado al quantum — necesariamente muy elevado en este sistema — prefijado por la ley. Por la inversa, operaciones que presentan una gran desproporción no envuelven ninguna injusticia. Un ejemplo lo tendríamos en el millonario que por un simple capricho compra un objeto a un precio exhorbitante. Nadie podría alegar con buenas razones que este individuo merece la protección de la ley y que debe concedérsele la acción rescisoria por lesión. Además, el sistema objetivo se reduce, en último término, a dejar entregada la suerte de los contratantes a la sola apreciación de los peritos tasadores.

El criterio subjetivo, dado el carácter de nuestro Poder Judicial, acostumbrado a proceder dentro de los marcos fijos de la ley, y la tradición de nuestra legislación, inspirada en el derecho romano — antítesis del derecho anglo-sajón propulsor de este sistema—, estimamos que tampoco sería conveniente implantarlo en Chile.

105.—*Antes de establecer la disposición que creemos debería introducirse a nuestro Código Civil en una próxima reforma, y a fin de ilustrar el criterio de nuestros lectores, expondremos sintéticamente algunos de los proyectos elaborados por autores que han profundizado este tema.*

M. Guibal y M. Dupin, en un proyecto de ley destinado a modificar el artículo 1118 del Código francés, decían: "La lesión es una causa de rescisión de las convenciones si la desproporción en las obligaciones es enorme y ha sido determinada por la explotación de la miseria, ligereza o inexperiencia del lesionado".

"El uso aún corriente no justifica la desproporción de las obligaciones si ese uso consagra una explotación".

"El contrato podrá mantenerse si el lesionado obtiene una reducción de sus obligaciones o un aumento de las obligaciones de la otra parte".

"El plazo para obtener la rescisión será de cinco años, a contar desde la conclusión del contrato".

Estos autores exigen para la procedencia de la lesión además de la desproporción enorme de las prestaciones, la explotación por parte del beneficiado, del estado de miseria, ligereza o inexperiencia del lesionado. Al tratar del derecho alemán vimos como esta segunda condición, resabio de las leyes penales, había contribuído a la casi ninguna aplicación práctica del artículo 138, *pues obliga al lesionado a rendir una prueba casi imposible.*

Demogue, informando a la Sociedad de Estudios Legislativos sobre el anterior proyecto, propone este nuevo texto, aplicable a todos los casos de lesión, aun a la existente en una partición: "La lesión sólo tiene efectos en las convenciones si la desproporción de las obligaciones es demás de una mitad y ha sido determinada por la explotación de la necesidad, miseria, ligereza o inexperiencia del lesionado".

"El lesionado tendrá una acción de indemnización por el perjuicio sufrido con deducción de un décimo del valor total de sus prestaciones, pero la otra parte tiene la facultad de restituír todas las prestaciones recibidas".

"La demanda es improcedente después de la expiración de dos años contados desde el día del contrato o de la transacción".

Sostiene Demogue, la conveniencia de precisar el término enorme empleado por el proyecto Guibal y Dupin, y lo reemplaza, basándose en la tradición legislativa, por una desproporción que exceda de una mitad. Agrega la palabra "necesidad" porque cree que es éste un móvil imperioso que hace digno de ser protegido al contratante impulsado por él. Suprime el inciso relacionado con el uso corriente pues "si se repudia el uso, ¿cuál puede ser la base para estimar si hay lesión?" (174). *Reduce el plazo de prescripción a dos años alegando que la lucha contra la lesión no debe hacerse en detrimento de la seguridad de las transacciones. Y, finalmente, concede al lesionado "una simple acción de indemnización para evitar las complicaciones resultantes de una nulidad: restitución de inmuebles, de frutos, de cosas entregadas"* (175).

Al discutirse en la Asamblea en la Sociedad de Estudios Legislativos la reforma presentada por Demogue, M. Cotelle observó esta disposición proponiendo el siguiente caso: si un inmueble valía 20,000 *francos y el comprador pagó por él* 50,000, *podrá conservar el inmueble y reclamar una indemnización de* 30,000 *menos la décima parte de todo, es decir* 25,000. *En cambio si hubiera pagado* 40,000 *francos no habría tenido acción* (176).

Andronesco redactó el siguiente proyecto: "La lesión es una causa de rescisión de las convenciones entre no-comerciantes y no-profesionales, si la desproporción de las obligaciones es anormal sea con el precio corriente, sea con el valor o importancia de las prestaciones hechas. El juez podrá mantener el contrato reduciendo las obligaciones del lesionado o aumentando las obligaciones de la otra parte. La demanda no procede después de la expiración de dos años contados desde el día del contrato (177). *Este autor sólo exige que la desproporción entre las obligaciones sea anormal con el precio corriente o con el valor o importancia de las prestaciones hechas.*

Louis-Lucas propone modificar el artículo 1118 *del Código Civil fran-*

(174 y 175) Demogue: **Bull. de la Soc. d'Et. Leg.**, año 1921, página 218.

(176) Cotelle: **Bull. de la Soc. d'Et. Leg.**, año 1922, pág. 33.

(177) Louis-Lucas: Ob. cit. pág. 108.

cés en la siguiente forma: "La persona capaz puede pedir en justicia, por causa de lesión, sea la reducción de la obligación netamente excesiva en que ha consentido, sea el aumento de la obligación netamente insuficiente de su co-contrante. Debe probar que obligado por una necesidad imperiosa suscribió una prestación desproporcionada en relación a la de la otra parte. La acción prescribe en dos años contados desde el conocimiento del vicio por el lesionado o desde que recobra la libertad" (178) *Esta disposición consagra como única sanción la reducción de las obligaciones.*

106.—*Teniendo en vista estos antecedentes, nos atreveríamos a proponer, que en una futura reforma de nuestro Código, se introdujera una disposición, más o menos del tenor siguiente:*

Si entre las obligaciones emanadas de un contrato hay una evidente desproporción, que ha sido determinada por la necesidad, miseria, ligereza o inexperiencia del lesionado, podrá el juez, a petición de éste, rescindir el contrato o reducir las obligaciones.

Esta acción prescribe en el plazo de dos años contados desde la celebración del contrato.

En la redacción de este texto hemos seguido el criterio mixto en toda su amplitud. El exige un perjuicio evidente, es decir, superior a la legítima ganancia que las partes persiguen al contratar. "Pues, si las lesiones mínimas son el caso normal y el álea necesaria del comercio, las lesiones excesivas son una causa de perturbación, impidiendo el desarrollo armonioso de las fuerzas sociales" (179). *Es el elemento objetivo de la lesión.*

Contempla el elemento subjetivo de la lesión la exigencia de que la desproporción en las obligaciones haya sido determinada por la necesidad, miseria, ligereza o inexperiencia de la víctima. Esta situación debe ser probada por el lesionado y sin que ella se presente, por muy grande que sea el daño, no podrá atacarse el acto. Carecería la acción de todo fundamento, puesto que no habría personas susceptibles de ser protegidas por la ley.

La idea de facultar al juez para que a petición de la parte lesionada rescinda el contrato o reduzca las obligaciones la hemos tomado del artículo 22 del Proyecto franco-italiano de las Obligaciones y Contratos. No nos hemos limitado a conceder la sola nulidad del acto, como lo hace la disposición del Código alemán, porque es de todo punto de vista conveniente mantener el contrato útil a la parte más digna de interés. Además, de acuerdo con lo que dejamos establecido en la parte doctrinaria de este estudio, hay muchos casos en que la sola nulidad sería una sanción insuficiente. Así ocurrirá cuando el contrato ya ha sido ejecutado por una de las partes. Pusimos el ejemplo de una locación de servicios que han sido prestados y el de una venta de cosas consumidas al tiempo de la acción.

Con todo y a pesar de estos inconvenientes de la nulidad como sanción de la lesión, hay veces en que es necesaria.

Ello ocurrirá si, pudiéndose restituír las cosas al estado anterior al contrato, el beneficiado no estaría en cambio en condiciones de afrontar el pago de las prestaciones consiguientes a la reducción.

Entonces, a nuestro entender, será indispensable conceder la acción rescisoria, pues la reducción por sí sola no surtiría efectos.

(178) Louis-Lucas: Ob. cit., pág. 105.

(179) Demogue: **Bull. de la Soc. d'Et. Leg.**, año 1921, pág. 217.

El principal reproche que se hace a la lesión es el de ser una medida que acrecienta demasiado los poderes del juez. Lo estimamos injustificado, pues es evidente que reducir es menos que anular.

"El comercio jurídico exige, en efecto, la estabilidad de las situaciones adquiridas. Sobre todo acto se injertan operaciones posteriores. La caída de un contrato compromete otros contratos irreprochables. Se atenúan estos inconvenientes reduciendo a un plazo muy corto el ejercicio de las acciones de rescisión, o permitiendo la mantención del contrato mediante el pago de un suplemento de precio, sin hacerlo desaparecer completamente" (180). *La conveniencia de una breve prescripción es innegable. Por eso hemos establecido en el inciso 3º un plazo de dos años para el ejercicio de esta acción.*

BERNARDO LARRAIN VIAL

(Tomado de la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales" de Santiago de Chile).

---

(180) Ripert: Ob. cit., pág. 118.

SALA PLENA

DECRETO ACUSADO NUMERO 2310 DE 1938.—DESISTIMIENTO DE ACCIONES DE CARACTER PUBLICO

1.—Es inadmisible el desistimiento cuando se trata del ejercicio de una acción de carácter público, es decir, de algo en que está interesado el orden público, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte interpretando el artículo 14 de la ley 25 de 1928. — 2.—La Corte tiene reiterada jurisprudencia en el sentido de que "para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

Como apoderado del Hospital de San Antonio de Padua de la ciudad de Garagoa, Departamento de Boyacá, y en ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 149 de la Carta Fundamental, el doctor Pedro María Carreño Mallarino pidió a la Corte, en libelo sin fecha, recibido el 21 de septiembre de 1939 que declare "inconstitucional el Decreto Ejecutivo número 2310 de 1938 (20 de diciembre), por el cual se dio aplicación al art. 650 del Código Civil con relación al legado Ismael Alfonso para el Hospital de Garagoa, y al artículo 115 de la Constitución Nacional, por ser violatorio de las disposiciones constitucionales y legales analizadas y citadas más adelante".

Los antecedentes del Decreto que ha motivado la demanda de inconstitucionalidad, son estos: El señor Ismael Alfonso dijo en su testamento: "Es mi voluntad que los bienes que quedan al tiempo de mi muerte y que me pertezcan en pleno dominio y propiedad, se adjudiquen a las personas que en seguida se expresan: Lego a perpetuidad para el sostenimiento de los enfermos del Hospital de Garagoa, para los enfermos pobres de la dicha ciudad de Garagoa, que no pudieren trabajar, a juicio de mis albaceas, todos los productos del edificio de mi propiedad que se llamó edificio Gaviria y que hoy se llama edificio Alfonso, situado en la carrera 7ª, marcado con el número 118-A de esta ciudad, deduciendo de dichos productos el valor de reparaciones, administración, contribuciones y dèmás impuestos que gravan o llegaren a gravar la finca raíz mencionada. Dicha finca y sus productos serán administrados por el doctor Rafael Mora, a quien sucederán en el desempeño del cargo, en su orden, los señores Eduardo Mora, Jorge Enrique Mora, y Alberto Mora. Cuando hayan fallecido todos los nombrados, los sucederán los hijos legítimos de éstos, en el mismo orden, pues es mi voluntad que dicha administración y distribución de los productos que dejo para este fin esté a perpetuidad en poder de la familia Mora y sus sucesores".

El Juzgado Primero del Circuito de Garagoa, en auto de tres de mayo de mil novecientos treinta y tres, declaró al Hospital de Garagoa legatario del causante señor Ismael Alfonso F., sin perjuicio de terceros.

Y el mismo Juzgado, en auto de primero de julio de mil novecientos treinta y cinco, resolvió: "...2º La posesión efectiva del legado a favor del Hospital de esta ciudad, comprende el dominio pleno y no simplemente los productos del Edificio Alfonso". Luégo, en la partición del juicio mortuorio del citado señor Alfonso, la que fue debidamente aprobada, se adjudicó al Hospital de San Antonio de Padua del Municipio de Garagoa, en dominio y posesión, los siguientes bienes:

un inmueble llamado "Edificio Gaviria", hoy "Edificio Alfonso", ubicado en el costado oriental de la Plaza de "Las Cruces" de Bogotá.

Díjose en la hijuela formada al Hospital de San Antonio de Padua del Municipio de Garagoa: "El edificio a que se refiere el aparte a) anterior, o sea, el "Edificio Alfonso', queda sujeto en su administración a lo dispuesto por el causante en la cláusula testamentaria que dice: (ya arriba queda copiada)".

Y en la misma hijuela se hizo esta declaración: "los bienes raíces adjudicados al Hospital de San Antonio de Padua de la ciudad de Garagoa, estarán sujetos en su administración a lo dispuesto por el causante Ismael Alfonso, en la cláusula testamentaria reproducida al pie de la hijuela respectiva".

Así las cosas, los administradores del "Edificio Alfonso", designados por el causante en su declaración de última voluntad, presentaron renuncia de su cargo ante el señor Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social. "Con tal motivo —dice el libelo— el Poder Ejecutivo dictó el decreto número 2310 del año de 1938 por el cual, considerando que el testador había expresado en forma incompleta su voluntad puesto que no había creado junta directiva del legado del Hospital, ni le había dado estatutos precisos, que los administradores nombrados por aquél habían presentado renuncia de su cargo, y que es deber del Gobierno y facultad del Presidente de la República, conforme a los artículos 115 de la Constitución Nacional y 650 del Código Civil, cuidar de que las rentas de las instituciones de utilidad común se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla la voluntad del testador o fundador, así como suplir los defectos que se presenten por deficiencias u omisiones en la declaración de la voluntad del fundador, creó una junta directiva para administrar el legado 'Alfonso', compuesta de cinco miembros, dos de los cuales son el Síndico del Hospital de Garagoa y el Personero Municipal de la misma ciudad".

Con esos antecedentes, el demandante sostiene que "el legado Alfonso no es una fundación de beneficencia pública, sino una asignación a persona cierta y determinada", y que "el Hospital de Garagoa es hoy dueño exclusivo del 'Edificio Alfonso', materia del legado del mismo nombre".

Sostiene, además, que con el decreto materia de la acusación viene a quedar afectada de grave inestabilidad una asignación hecha conforme a los preceptos de las leyes substantivas y adjetivas pertinentes, y sobre la cual se pronunció en forma clara y precisa la autoridad judicial.

Finalmente estima el demandante que el decreto impugnado interpreta mal, aplica indebidamente y por consiguiente viola la disposición constitucional (artículo 115, numeral 19), en la cual pretende fundarse.

Achácale, por último, ser violatorio de un derecho adquirido, y en este concepto infringe—dice—el artículo 26 de la Constitución.

El doctor Carreño Mallarino en su condición ya dicha, ha presentado a la Corte un escrito en el cual manifiesta que desiste de la demanda de inconstitucionalidad de que se ha hablado "en virtud de que el Gobierno, por medio del Decreto 1299 del 8 de julio de 1940 (**Diario Oficial** número 24411 del 12 de julio de 1940, página 132), derogó las disposiciones que la motivaron. La administración del legado Ismael Alfonso —dice— ha vuelto a su legítimo dueño, el Hospital de San Antonio de Padua de Garagoa, quedando así desvirtuada, por substracción de materia, la demanda contra el referido Decreto 2310 de 1938".

Considera la Corte:

Tratándose, como se trata, del ejercicio de una acción pública, es decir, de algo en que está interesado el orden público, no procede la gestión para terminar el asunto por desistimiento. Sobre el particular la Corte tiene jurisprudencia en el sentido de que es pertinente el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 que dice: "En las acciones de carácter público no se permitirá el desistimiento de la acción que se hubiere intentado, y si el actor o actores abandonaren por más de treinta días el respectivo juicio, éste se seguirá de oficio hasta su terminación".

Ahora, para los efectos de la resolución que haya de dictarse en este asunto, precisa examinar si el Decreto número 1299 de 8 de junio de 1940, de que se ha hecho mención, deja sin efecto el Decreto acusado, o si de él quedan vigentes alguna o algunas ordenaciones, pues en este último evento habría que estudiar si pugnan o no con los cánones constitucionales mencionados en la demanda o con algún otro precepto del mismo origen. Y

se impondría este estudio, porque el demandante no limita su impugnación a determinados artículos del Decreto número 2310 de 1938, y, se observa por otra parte, que el Decreto número 1299 de 1940, no dice que deroga aquél; se limita a expresar que lo reforma.

Para llegar a una conclusión segura en el examen de que se ha hablado, se impone la transcripción de la parte dispositiva del decreto acusado, y la del que dice reformarlo.

"Decreto Nº 2310.—Artículo 1º El legado del señor Ismael Alfonso, de que se ha hablado, 'para el sostenimiento del Hospital de Garagoa, para los enfermos pobres que están fuera del Hospital y para los pobres de solemnidad de dicha ciudad de Garagoa', consistente en todos los productos del 'Edificio Alfonso' ubicado en esta ciudad, será administrado por una Junta Directiva compuesta de cinco miembros, así: Principales: Secretario del Ministerio de Trabajo, Presidente de la Cruz Roja Nacional de Bogotá, Síndico del Hospital de Garagoa, Personero Municipal de Garagoa, Representante del Departamento de Asistencia Social'.

"Suplentes: doctor Luis Mora. Doctor Arcadio Forero. Doctor Simón Medina. Personero Municipal de Bogotá. Director Departamento de Higiene. Parágrafo. Los suplentes no son personales y serán llamados en el orden de lista.

"Artículo 2º La Junta Directiva de que trata el artículo anterior deberá obtener personería jurídica en forma ordinaria y previa la aprobación de sus estatutos y reglamentos, en los cuales se determine la manera como ha de administrarse el referido legado; tendrá su Presidente, que tomará posesión ante los demás miembros, los cuales a su vez se posesionarán ante el Presidente, y además un Secretario.

"Artículo 3º Son atribuciones de la Junta Directiva:

"a) Nombramiento de sus dignatarios para un período de tres meses, los que pueden ser reelegidos;

"b) Elaborar los estatutos y reglamentos del legado y someterlos a la aprobación del Gobierno al solicitar personería jurídica para la fundación;

"c) Acordar la manera como deben distribuírse los productos del 'Edificio Alfonso', de tal manera que con ellos se benefien el Hospital de Garagoa, los enfermos pobres que no estén en el Hospital y los pobres de solemnidad de la misma ciudad;

"d) Crear, si lo estiman conveniente, un Síndico Administrador de los productos de dicho Edificio, quien deberá hacer la distribución de los fondos en la forma como lo ordene la Junta Directiva, y tendrá la representación legal de la institución. Dicho Síndico gozará de la asignación mensual que la Junta le señale y deberá dar fianza a satisfacción, en los términos y cuantía que determine el Departamento de Asistencia Social del Ministerio de Trabajo;

"e) Las demás que determinen los estatutos y reglamentos de la fundación.

"Artículo 4º Los productos y rendimiento del 'Edificio Alfonso' deberán ser entregados al Síndico que designe la Junta Directiva, en su totalidad, y serán inválidos los pagos que hagan a persona distinta de él. En consecuencia, las autoridades del país deberán oír a dicho representante en todas sus reclamaciones y facilitarle el cumplimiento de sus deberes.

"Artículo 5º La Junta Directiva tendrá una reunión ordinaria el primer sábado de cada mes y reuniones extraordinarias cuando fuere convocada por el Presidente o por dos de sus miembros. En las reuniones ordinarias podrá deliberar con la mayoría absoluta de sus miembros y en las extraordinarias necesita la presencia de cuatro de ellos, por lo menos.

"Artículo 6º Son bienes bajo la administración de la Junta Directiva:

"a) El 'Edificio Alfonso' con todas sus dependencias, legado por el señor Ismael Alfonso en la forma como se ha dicho;

"b) Los auxilios, subvenciones y donaciones que reciba;

"c) Los demás que se le confíen por ley, ordenanza o acuerdo municipal.

"Artículo 7º Autorízase a la Junta Directiva para que proceda a una revisión y novación de los contratos de arrendamiento del 'Edificio Alfonso', consultando las conveniencias del legado y con sujeción a las prescripciones de la Ley 93 y el Decreto 1858 de 1938".

"Decreto Nº 1299.—Artículo 1º Queda disuelta y cesa en sus funciones la Junta Directiva de que trata el artículo 1º del Decreto 2310 de 1938.

"Artículo 2º Devuélvese al Hospital de San Antonio de Padua, de Garagoa, la administración del legado Ismael Alfonso.

"Artículo 3º Serán administrados directamente por el hospital de Garagoa los siguientes bienes del legado Ismael Alfonso:

"a) El Edificio Alfonso, adjudicado al

referido Hospital con todas sus dependencias, en cumplimiento de la voluntad del testador Alfonso y de lo estatuído en el artículo 1113 (incisos 3º y 5º del Código Civil;

"b) Todos los auxilios, subvenciones y donaciones que reciba;

"c) Los demás que se le confíen por ley, ordenanza o acuerdo municipal, y

"d) El hospital de Garagoa y los bienes que a él pertenecen continúan bajo el control oficial conforme a las disposiciones legales vigentes.

"Queda en estos términos reformado el Decreto número 2310 de 1938".

De la confrontación de los dos Decretos transcritos en lo pertinente, se desprende, sin la menor duda, que del acusado no queda nada que pudiera servir de fundamento a una demanda de inconstitucionalidad. En efecto, todas las disposiciones de este Decreto habían de cumplirse a base de que existiera la Junta Directiva de que se habla en el artículo 1º, es decir, están condicionadas a la existencia de dicha Junta. Disuelta o eliminada ésta por el nuevo Decreto, aquellas disposiciones no pueden tener aplicación. ¿Cómo habría de cumplirse, por ejemplo, el artículo 2º que impone a la Junta Directiva la obligación de obtener personería jurídica, si ya no existe la tal Junta? ¿Cómo podría cumplirse el artículo 4º, valga otro ejemplo, si ya no existe la Junta Directiva que debía designar el Síndico a quien había que entregar los productos y rendimientos del Edificio Alfonso?

Ahora bien, la Corte tiene reiterada jurisprudencia en el sentido de que "para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia. Y es que no siendo la decisión sobre inexequibilidad, según la acepción jurídica de este vocablo, otra cosa que la declaración de que el acto sobre que ella versa no puede ejecutarse, tal declaración presupone la vigencia de dicho acto, ya que lo que no está en vigor, por el solo hecho de no estarlo, no es susceptible de ejecución".

Conclúyese de todo lo expuesto que no habiendo quedado vigente ninguna de las disposiciones del Decreto acusado, más que una reforma hubo una abrogación. Nada hay, pues, que resolver en este asunto, por sustracción de materia.

Así lo declara la Corte Suprema de Justicia, constituída en Sala Plena, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial**. Comuníquese al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre—Daniel Anzola—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Juan A. Donado V. Liborio Escallón—Absalón Fernández de Soto—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DECRETOS ACUSADOS Nos. 658 Y 2474 DE 1936.

Ha sido reiterada jurisprudencia de la Corte la de que si al tiempo de fallar ya no existe el acto cuya inconstitucionalidad se demanda, carece de toda razón de ser el hecho de proceder a decidir si él puede o no cumplirse.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Dice el artículo 56 de la codificación constitucional (artículo 62 de la Carta de 1886), entre otras cosas, que la ley determinará "la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público".

Y en desarrollo de tal precepto, dispuso el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936: "Los colombianos que hayan servido a la República como aviadores militares o civiles durante un lapso mayor de ocho años y que estén incorporados en el Ejército, tendrán derecho a una pensión de retiro igual al 80 por 100 del sueldo que estén devengando en el momento en que se les concede retiro, el cual no podrá decretarse sino por las causas que determine el Gobierno en el decreto reglamentario de esta ley".

Por medio de dos Decretos el Gobierno reglamentó el citado artículo 1º de la Ley 6ª El primero está concebido así:

"DECRETO NUMERO 658 DE 1936
(marzo 27)

por el cual se reglamenta el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, sobre pensión de retiro de los aviadores militares y civiles al servicio de la República.

El Presidente de la República de Colombia,

en uso de sus atribuciones legales,

DECRETA:

Artículo 1º Las causas por las cuales podrá decretarse el retiro de los pilotos aviadores, militares o civiles, al servicio de la República, para los efectos de la pensión de retiro a que se refiere el art. 1º de la Ley 6ª de 1936, estarán sometidas en todo caso al juicio del Gobierno, según las circunstancias y antecedentes de cada caso. Tales causas serán taxativamente las siguientes:

1ª Por llamamiento del Gobierno a calificar servicios; y

2ª Por solicitud del aviador, con aquiescencia del Gobierno.

Artículo 2º En los casos anteriores deben ocurrir además los siguientes requisitos:

1º Que el aviador sea colombiano;

2º Que haya servido al Estado como piloto aviador, bien en el ramo militar o en el civil, durante más de ocho (8) años;

3º Que dichos servicios se comprueben con la respectiva hoja de servicios del aviador, en la cual deben constar un mínimum de vuelos que se considera suficiente por el Gobierno, oído el concepto de la Dirección General de Aviación; y

4º Que el piloto aviador esté incorporado en el Ejército.

Artículo 3º El piloto aviador que se retire del servicio, fuera de los casos previstos en este Decreto, no tendrá derecho a la pensión de retiro a que se refiere el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936.

Artículo 4º En cuanto a la expedición de hoja de servicios y demás requisitos relativos a la documentación que ha de presentarse ante el Consejo de Estado, regirán las disposiciones similares vigentes para los demás miembros del Ejército".

Y es el segundo:

"DECRETO NUMERO 2474 DE 1936

(octubre 2)
por el cual se dicta una disposición en el ramo de Guerra.

El Presidente de la República de Colombia,
en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

1º Que el numeral 3º del artículo 2º del Decreto número 658 de 1936, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, sobre pensiones de retiro para los pilotos aviadores militares o civiles al servicio de la República, deja a voluntad del Gobierno la fijación del mínimum de vuelos que se considere suficiente para tener derecho a la gracia que en ella se indica, fuera de los demás requisitos que se deben llenar;

2º Que oído el concepto de la Dirección General de Aviación, ésta es de opinión que el mínimum de vuelos exigible al piloto que acogido a los preceptos de la Ley 6ª de 1936, solicitase su retiro del Ejército, debe ser el de mil quinientas horas (1500), y

3º Que es conveniente fijar este mínimum para evitar variadas interpretaciones,

DECRETA:

Artículo único. Para los efectos de la pensión de retiro de que trata la Ley 6ª de 1936, se exigirá, además de los requisitos detallados en el Decreto número 658 de 1936, que el piloto compruebe un mínimum de vuelos de mil quinientas horas (1500), mediante certificación que en forma legal expida la Dirección General de Aviación".

El doctor Pedro Alejo Rodríguez, con la facultad que a cualquier ciudadano otorga el artículo 149 de la Constitución, pide a la Corte Suprema la declaratoria de inexequibilidad de todo el Decreto número 2474 de 1936 y de parte del 658 del mismo año.

Se funda el demandante en que las "disposiciones ejecutivas son violatorias, además de las normas cuya transgresión encontréis vosotros, de los siguientes artículos de la Carta: el 62 de la Constitución de 1886 (56 de la codificación) arriba inserto, a cuyo tenor la determinación de la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público, es de la exclusiva incumbencia del legislador; el ordinal 3º, art. 120 de la Carta de 86 (115 de la codificación), y el 169 del estatuto de 1886 (**ibídem** de la codificación). Los dos últimos preceptos, no copiados aún, dicen: 'Artículo 115. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ..... 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones para la cumplida ejecución de las leyes. Artículo 169. Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley' ".

Y luégo el doctor Rodríguez explica, en detalle, los cargos contra los decretos de que se trata.

No conceptúa el señor Procurador acerca del fondo de la demanda, ya que el Gobierno, por medio del Decreto número 1706, de 9 de septiembre de 1940, reglamentó de nuevo el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, y derogó los decretos acusados, como puede verse en el **Diario Oficial**, número 24460, páginas 747 y 748. "Por manera, pues, escribe el señor Procurador, que ha desaparecido lo que es materia de la demanda y por consiguiente la función constitucional que conforme al artículo 149 de la Carta corresponde a esa alta Corporación, no tiene en este caso concreto sobre qué recaer". Y agrega la Procuraduría que así lo ha resuelto la Corte en casos análogos.

Es verdad lo que el señor Procurador manifiesta, por lo cual la Corte reafirma hoy la tesis que ha sostenido varias veces.

Y es que el grave mandato de guardar la integridad de la Constitución, poder obligatorio que reside en la Corte Suprema de Justicia, supone, como es lógico pensarlo, la vida jurídica de la ley o el decreto tachado de inconstitucional, puesto que sólo subsistiendo el decreto o la ley resulta posible que el acto del Congreso o del Organo Ejecutivo afecte aquella integridad, de donde se desprende el aserto de que si al tiempo de fallar ya no existe el acto cuya inconstitucionalidad se demandó, carece de toda razón de ser el hecho de que la Corte proceda a decidir si él puede o no cumplirse.

De modo que al cesar la vigencia de los decretos acusados por fuerza de la derogatoria que contiene el Decreto 1706, de 9 de septiembre de 1940, desaparecieron la materia litigada y el deber que a la Corte le impone el art. 149 de la Constitución Nacional.

Así la Corte Suprema de Justicia, en armonía con el parecer del señor Procurador General de la Nación, declara que no es el caso de fallar la demánda del doctor Pedro Alejo Rodríguez sobre inexequibilidad de los Decretos números 658 de 27 de marzo y 2474 de 2 de octubre, uno y otro del año de 1936.

Publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y dése cuenta al señor Ministro de Guerra.

Notifíquese y archívese el expediente.

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre—Daniel Anzola—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda — Juan A. Donado—Liborio Escallón—Absalón Fernández de Soto—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE PETICION DE DOMINIO — SUFICIENCIA DE TITULOS

1. Quien intenta reivindicar o solicitar una declaración de dominio ha de probarlo con la escritura pública correspondiente, en tratándose de bienes raíces, de acuerdo con el artículo 630 del Código Judicial.—2. Una cosa es el título mismo y otra la suficiencia de él, y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aduzcan las partes, lo que se hace en debate amplio, al demandante le basta afirmar y demostrar su condición de dueño presentando el título, y al demandado, si tiene otro antelado o posterior de mejores condiciones proceder a oponérselo al primero; en este caso, sólo entonces, y el demandante quiere demostrar que su título es legalmente atendible, puede acreditar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicante le basta demostrar que es dueño de la cosa, y esa demostración se hace con la presentación de su título debidamente registrado y nada más. En ninguna parte ha dicho la ley que para reivindicar u obtener una demostración de propiedad, es necesario presentar título acreditado como suficiente. Si sólo con título acreditado de suficiente pudiera obtenerse una declaración de propiedad, resultaría que dueños de terrenos con títulos de corta data no podrían ampararse en la justicia para volver a su patrimonio lo que les pertenece, pero que por una u otra circunstancia está poseído por terceros; y esto es desde todo punto de vista inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho.—3. Ha dicho la Corte que no tiene facultad para estimar elementos probatorios que por primera vez y ante la misma se presentan al debate, porque éste queda cerrado con el fallo del Tribunal. Su misión es puramente doctrinal, y se dirige también a reparar los agravios que infieran las sentencias, pero teniendo en cuenta únicamente los fundamentos de hecho y de derecho aducidos oportunamente. La sentencia recurrida en casación es la que constituye el hecho o la materia sujeta al debate en este recurso, a diferencia de lo que ocurre en las instancias de un juicio en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o hecho demandado; los jueces falladores califican el proceso en su integridad; la Corte, cuando no procede como Tribunal de instancia, juzga la sentencia en la parte acusada y por las causales y motivos que legalmente se aduzcan.

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

(Ponente: Magistrado doctor Daniel Anzola).

Por escritura pública número 598 de 20 de junio de 1894 de la Notaría 4ª de Bogotá, Marta Vásquez transfirió a José Buitrago el derecho de dominio sobre un globo de terreno llamado "Pie del Alto", ubicado dentro de los términos del municipio de Soacha, y deslindado así: "Por un lado, desde un mojón de piedra que se colocó a la orilla del río Muña, de éste de para arriba en línea recta pasando por otros mojones de piedra a dar al camino que baja para Soacha, por este costado colinda con tierras de la vendedora; por la cabecera, todo el camino citado colindando con tierras de la vendedora a dar a una puerta, de ésta vuelve lindando con tierras de Eleuteria y Esteban Córdoba a dar a una

zanja, y ésta a dar al río, y por el otro costado río arriba a dar al primer lindero".

Muerto Buitrago, su esposa Rita Córdoba v. de Buitrago y sus hijos José y Eloísa Buitrago Córdoba, por escritura número 1,120 de 23 de mayo de 1919, dieron en venta a José Ramos "todos los derechos y acciones que les correspondan o puedan corresponder, a José Buitrago, como hijo legítimo de su finado padre José Buitrago, Rita Córdoba v. de Buitrago, como esposa del mismo finado y (sic) de su hija finada Eustaquia Buitrago Córdoba, y a la tercera como hija legítima del mismo finado José Buitrago; derechos y acciones ubicados en un lote de tierra situado en el municipio de Soacha y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, con herederos de José María Córdoba y Marta Vásquez, hoy de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga; por el Occidente, con el camino público que viene de El Tablón para el pie del Alto; por el Sur, con propiedad de Ezequiel Mayorga hasta encontrar con el río Muña; por el occidente, con el río Muña y la hacienda de Sibaté, hasta encontrar el primer lindero punto de partida". Con este título Ramos abrió el juicio de sucesión de José Buitrago, y en la partición correspondiente, protocolizada por instrumento número 1952 del 14 de diciembre de 1920 de la Notaría 4ª de Bogotá, se adjudicó a éste "como único interesado" el haber inventariado incluso el bien que adquirió el causante por la compra hecha a Marta Vásquez y de alindación ya conocida.

El 23 de febrero de 1918 ante el Notario 2º de Bogotá por escritura número 290, la expresada Rita Córdoba v. de Buitrago vendió a Pedro Cantor y Deogracias Mayorga "un lote de terreno que mide doscientos metros de largo y cien de ancho, inclusive tres metros que sirven para servidumbre de entrada y salida, lote situado en la vereda de "Pie del Alto", de la jurisdicción del municipio de Soacha, alinderado así: "Por el pie el río Muña, deslindando con la hacienda de Sibaté; por un costado con tierras de herederos de Esteban Córdoba; por la cabecera y el otro costado, con tierras de la misma vendedora". Este lote de terreno, agrega el instrumento, "es parte de mayor extensión que adquirió la exponente por herencia de sus padres José María Córdoba y Marta Vásquez, ya finados, vecinos que fueron de Soacha, advirtiendo que a la otorgante se le adjudicó todo el terreno de que hace parte el lote que vende, en la partición amigable practicada con la otra heredera de los causantes".

El litigio

Así las cosas, y con base en este título, estos mismos señores, Cantor y Mayorga, en memorial al Juzgado 7º del Circuito de Bogotá, demandaron a José Ramos para que con su citación y audiencia en juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. El demandado no es dueño de los derechos y acciones que a Rita Córdoba le correspondían en el juicio de sucesión de José Buitrago, como mitad de gananciales en la sociedad conyugal que existió entre ellos. Entre esos gananciales se halla lo que adquirieron según la escritura número 1120 de la Notaría 1ª de Bogotá, de fecha 23 de mayo de 1919 que en copia debidamente registrada presentamos.

"Segunda. Los derechos y acciones comprados por José Ramos a José Buitrago y Eloísa Buitrago Córdoba, en su carácter de hijos legítimos de José Buitrago, y a Rita Córdoba de Buitrago, como esposa de este señor y como heredera de Eustaquia Buitrago Córdoba, no comprenden la totalidad de los derechos herenciales, sino sólo los vinculados en un terreno situado en el municipio de Soacha, comprendidos dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, con herederos de José María Córdoba y Marta Vásquez, hoy de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga; por el Occidente, con el camino público que viene de El Tablón para el Pie del Alto; por el Sur, con propiedad de Ezequiel Mayorga, hasta encontrar con el río Muña; por el Oriente, con el río Muña y la hacienda Sibaté, hasta encontrar el primer lindero, punto de partida.

"Tercera. Lo que nosotros compramos a Rita Córdoba v. de Buitrago, por escritura otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, de fecha 20 de febrero de 1918, marcada con el número doscientos noventa y cuatro, es un terreno distinto del demarcado en la cláusula anterior, y por consiguiente, José Ramos no tiene derecho ninguno para que se le hubiera adjudicado en la partición de los bienes inventariados en la sucesión del finado José Buitrago, ni para querer apropiárselo, máxime cuando esa partición fue extrajudicial y los inventarios también, siendo para nosotros esos actos **res inter alios judicata.**

"Cuarta. Es nula la partición de los bienes del finado José Buitrago, hecha en el juicio de sucesión de dicho señor, pro-

tocolizada en la Notaría 4ª de este Circuito, con el número de la escritura otorgada el día catorce de diciembre de mil novecientos veinte, siendo dicho número mil novecientos cincuenta y dos (1952), por no hacerse previamente la separación de patrimonios entre los cónyuges José Ramos y Rita Córdoba de Buitrago, o entre aquél y los herederos de esta señora; ....

"Quinta. Debe condenarse en costas al demandado si se obstina en oponerse a esta demanda".

Agotado el trámite de la primera instancia, se falló el litigio en sentencia del 30 de octubre de 1938, en sentido adverso a las peticiones del libelo y con imposición de costas a cargo de los demandantes. El Juzgado fundamentó su resolución en estos considerandos que se transcriben:

"De la lectura cuidadosa de la demanda se deduce que los demandantes derivan su INTERES para instaurar las acciones correspondientes a las peticiones primera, segunda y cuarta de la demanda de la calidad de dueños que dicen tener sobre el terreno que fue materia del contrato de compraventa celebrado entre Rita Córdoba v. de Buitrago y los demandantes, contrato que, según la demanda, se perfeccionó mediante la escritura pública número **doscientos noventa y cuatro** de fecha **veinte** de febrero de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito. (Véase la petición tercera de la demanda y el ordinal segundo de la relación de hechos de la misma).

"En el expediente no obra la escritura pública **número doscientos noventa y cuatro** de fecha **veinte** de febrero antes citada, omisión que determina en el juicio la ausencia de la prueba pertinente a los hechos expuestos en el libelo como fundamento de la petición tercera de la demanda, y, consecuencialmente, la falta de comprobación sobre el interés jurídico o derecho de los demandantes para pedir y obtener las declaraciones solicitadas bajo los puntos primero, segundo y cuarto de la demanda.

"Las observaciones antes expresadas dan base legal suficiente para concluír que las peticiones formuladas en la demanda que se estudia deben ser negadas".

Apelado el anterior proveído, subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, entidad que, previa revocatoria del fallo del Juzgado, dictó, con fecha ocho de abril del año en curso sentencia de segundo grado, resolviendo el pleito así:

"1º Los demandantes no han demostrado su personería sustantiva para hacer las peticiones primera, segunda y cuarta de la demanda, y, en consecuencia, se absuelve de esos cargos al demandado.

"2. El predio que los demandantes adquirieron por medio de la escritura número 290 de 23 de febrero de 1918, de la Notaría 2ª de Bogotá, es distinto de aquél en donde se vincularon los derechos que el demandado José Ramos compró por medio de la escritura número 1120, de 23 de mayo de 1919, de la Notaría 1ª de este Circuito.

"3º Al demandado José Ramos se le adjudicó en la partición verificada en el juicio mortuorio de José Buitrago P. y de Eustaquia Buitrago C., protocolizada por medio de la escritura Nº 1952, de 14 de diciembre de 1920, de la Notaría 4ª de esta ciudad, una finca de mayor extensión superficiaria, a aquella en la cual se vincularon los derechos en virtud de los cuales se le hizo la adjudicación, incluyendo en el inmueble adjudicado el que compraron los demandantes Pedro Cantor y Deogracias Mayorga por medio de la citada escritura número 290, de veintitrés de febrero de 1918, de la Notaría 2ª de este Circuito.

"4º No hay condenación en costas a cargo de ninguna de las partes, ni en la primera ni en la segunda instancia".

El señor apoderado de la parte demandada ha recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal, y como el recurso le fuera admitido y ha sido tramitado legalmente, corresponde hoy a la Corte resolverlo, para lo cual se considera:

Sentencia acusada

De las súplicas que contiene el libelo de demanda, la primera, la segunda y la cuarta, ya se vio, fueron negadas por el Tribunal, y en cambio concedida la tercera que fue fallada en la forma y términos indicados en el anterior aparte; siendo así, y como el recurrente es el demandado, el recurso se entiende interpuesto contra esta parte de la sentencia que es la que le puede ser perjudicial. Hecha esta aclaración, se transcriben a continuación los apartes de la sentencia en cuanto forman la materia del recurso. Dice el Tribunal:

"El Juez del conocimiento fundamentó su sentencia absolutoria, en que los de-

mandantes alegan en la petición tercera de la demanda y en los correspondientes hechos que la sustentan, que son titulares del derecho que se les transfirió por medio de la escritura pública número 294, de 20 de febrero de 1918, de la Notaría 2ª de este Circuito, y al proceso allegaron la copia de la escritura número 290, de 23 de febrero de 1918, de la Notaría 2ª de Bogotá, luégo, concluye el Juez a-quo, ha dejado de demostrarse el interés jurídico y derecho de los demandantes a pedir y obtener las declaraciones de la demanda. De manera que para el señor Juez del conocimiento la prueba de la personería sustantiva de las partes consiste precisamente en citar el número y fecha de la escritura por la cual se adquirió el derecho que reclaman, personería de que carecerá si se llega a incurrir en el error de citar mal tales número y fecha en la demanda, aunque se allegue el título a los autos en la forma legal.

"Como claramente se ve, el fundamento de la sentencia recurrida, tal como en ella aparece expuesto, es, a más de inaceptable, irrisorio de la justicia y debe procederse al examen de la personería de las partes de manera racional".

Precisando luégo la Sala falladora lo referente a la súplica tercera, que fue la concedida, agrega:

"Se pretende que el predio comprado por los demandantes es distinto de aquél en que vincularon los derechos vendidos a José Ramos los vendedores o cedentes José Buitrago Córdoba, Eloísa Buitrago Córdoba y Rita Córdoba v. de Buitrago, y que por esta razón, el señor José Ramos carecía de derecho para que se le adjudicara el predio de los demandantes en la partición celebrada en el juicio de sucesión de José Buitrago.

"Se funda la solicitud en que José Ramos no tenía derecho a que se le adjudicara sino el predio determinado en la escritura 1120, de 23 de mayo de 1919, de la Notaría 1ª de esta ciudad, y que se le adjudicó el de propiedad de los demandantes, que habían adquirido según escritura 290 de 23 de febrero de 1918, de la Notaría 2ª de Bogotá. Estas dos escrituras obran copiadas en los autos, en forma que hacen plena prueba.....

"El adjudicatario José Ramos había comprado derechos a los herederos y a la cónyuge de José Buitrago, especialmente vinculados en el inmueble cuyos linderos se copian a continuación, según la escritura número 1120 atrás citada: "Por el Norte, con los herederos de José María Córdoba y Marta Vásquez, hoy de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga; por el Occidente, con el camino público que viene de El Tablón para el Pie del Alto; por el Sur, con la propiedad de Ezequiel Mayorga hasta encontrar con el río Muña; por el Oriente, con el río Muña y la hacienda de Sibaté, hasta encontrar el primer lindero, punto de partida".

"Los demandantes compraron a Rita Córdoba el inmueble así demarcado, según la escritura número 290 antes citada: "Por el pie, el río Muña deslindando con la hacienda de Sibaté; por un costado con tierras de herederos de Esteban Córdoba; por la cabecera y el otro costado, con tierras de la misma vendedora".

"De las alinderaciones transcritas claramente se observa que las contenidas en las escrituras 290 de 23 de febrero de 1918 y 1120 de 23 de mayo de 1919, relativa la primera a la venta hecha por Rita Córdoba a Pedro Cantor y Deogracias Mayorga y la segunda a la venta o cesión de derechos vinculados en el predio allí determinados, hecha por Rita Córdoba y José y Eloísa Buitrago Córdoba como cónyuge y herederos de la sucesión de José Buitrago P. a favor de José Ramos, corresponden — tales alinderaciones — a dos predios distintos. Efectivamente el lindero oriental está formado en ambas fincas por el río Muña, pero las dos están situadas a continuación porque en la escritura 290, anterior a la 1120, se dice que por un costado y la cabecera limita con predios de la vendedora Rita Córdoba y en la escritura 1120 posterior a la 290, por el norte limita la finca con predio de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga, es decir, los compradores en la escritura 290.....

"Igualmente se deduce que el predio donde estaban vinculados los derechos que vendieron a Ramos, es menor al predio que éste recibió en la adjudicación que se le hizo como cesionario de los mencionados derechos.

"El predio general estaría deslindado así: Por el Norte, con herederos de Esteban Córdoba o de Clotario Díaz; por el Oriente, río Muña de por medio, con la hacienda de Sibaté; por el Sur, con predio de Ezequiel Mayorga, y por el Occidente, con el camino que de El Tablón conduce al Pie del Alto. Este es también el predio adjudicado a José Ramos en la sucesión de José Buitrago.

"Al mismo Ramos le habían vendido derechos vinculados en un terreno que hacía parte del que se acaba de delimitar y que, por lo mismo, era menor, porque li-

mitar al sur con el mismo predio de Ezequiel Mayorga; al Oriente, con la hacienda de Sibaté, río Muña de por medio, y por el Occidente, con el camino que de El Tablón conduce al Pie del Alto. Pero por el Norte no colinda, como el general, con predio de herederos de Esteban Córdoba o de Clotario Díaz, sino con predio de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga, lo cual quiere decir que el lote en donde se vincularon los derechos vendidos a Ramos ocupa la parte sur del lote general. Esto se reafirma aún más si se considera que el predio comprado por Cantor y Mayorga si limita al norte con terrenos de herederos de Esteban Córdoba, es decir, que ocupa la parte norte del globo general".

El recurso

Sin precisar claramente las causales de casación, el recurrente formula así la acusación que hace a la sentencia:

"El fallo acusado lo apoyó el Tribunal en apreciaciones erradas así: Tuvo como título suficiente de dominio el presentado por los demandantes para acreditar la venta que a ellos hizo Rita Córdoba, título que no está complementado con el certificado de propiedad que ordena la ley, pues si este certificado se hubiera llevado a los autos, necesariamente se habría visto que los demandantes carecen de acción pues no son ni han sido dueños de lo que están reclamando y antes muy al contrario del mismo certificado habría aparecido que los demandantes habían tenido el carácter de demandados vencidos en pleito con el actor Ramos en el cual se discutió lo mismo que hoy discuten y que no se puede aceptar por estar el asunto controvertido y juzgado para siempre; el fallo del Tribunal aquí acusado al despachar el pedimento tercero de la demanda resuelve una cuestión de dominio, sin elementos de juicio suficientes;

"El fallo del Tribunal, resuelve cosas no pedidas en la demanda ya que los demandantes en su petición tercera solicitaron que la declaración en la sentencia se hiciera vista la escritura 294 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá, y la sentencia hace la declaración no pedida sobre la escritura 290 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá, instrumento el primero que de acuerdo con la petición ha debido presentarse al debate y no se hizo;

"El fallo del Tribunal desconoció erróneamente el valor probatorio de los títulos del demandado, cuando éstos son más que suficientes para resolver en favor del demandado la litis;

"El fallo acusado hace en favor de los demandantes una declaración de propiedad y pertenencia en contra de los intereses del demandado contrariando la realidad jurídica de las pruebas llevadas al pleito".

Alega, pues, el recurrente, la causal primera de las indicadas en el artículo 520 del Código Judicial, por cuanto dice, que el Tribunal para imponer su fallo apreció indebidamente determinado elemento probatorio; y alega también la segunda de aquellas causales, "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes".

Como disposiciones violadas por el Tribunal cita la demanda, las de los artículos 1299, 1750, 2535, 2538, 2545, 1757, 1759, 1760, 1388, 756, 757, 762, 764, 765, 768, 769, 1008, 1388, todas del Código Civil; 593, 596, 597, 471, 473, 470, 472, 630, 635 del C. J. y demás concordantes de unos y otros.

Los cargos

Primer cargo

Considera el recurrente, que en los juicios donde se reclama una declaración de propiedad o dominio, precisa al demandante acompañar a los autos, no sólo el instrumento declarativo de tal situación jurídica, sino que, además, debe éste completarse con el certificado del registrador de instrumentos públicos correspondiente, para así acreditar que el título es suficiente y hábil a obtener la declaración solicitada, ya que de otra manera, sin el certificado "se resolvería sobre una cuestión de dominio sin elementos de juicio suficiente".

Considera la Corte:

Si la ley obliga al demandante a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción trata o versa sobre inmuebles ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, no otra, que la escritura pública debidamente registrada — artículo 630 del C. J. — ya que con ella y sólo con ella, acredita que por ese medio legal — la tradición — radica en él la condición

de dueño alegada en la demanda. Una cosa es el título mismo y otra la suficiencia de él, y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aduzcan las partes, lo que se hace en debate amplio, al demandante le basta afirmar y demostrar su condición de dueño presentando el título y al demandado, si tiene otro antelado o posterior de mejores condiciones proceder a oponérselo al primero; en este caso, sólo entonces, y si el demandante quiere demostrar que su título es legalmente más atendible, puede acreditar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicante le basta demostrar que es dueño de la cosa, y esa demostración se hace con la presentación de su título debidamente registrado y nada más. En ninguna parte ha dicho la ley que para reivindicar u obtener una declaración de propiedad, es necesario presentar título acreditado como suficiente.

La Corte, en sentencia de casación de fecha 30 de septiembre del año de 1919, sentó desde entonces doctrina al particular, diciendo, "Que el certificado de que habla el artículo 111 de la Ley 105 de 1890 (635 del actual Código Judicial) no es necesario presentarlo cuando en amplio debate judicial se discuten títulos, porque hay otros medios de convicción que suplen el certificado".

Es más: si sólo con título calificado de suficiente pudiera obtenerse una declaración de propiedad, resultaría que dueños de terrenos con títulos de corta data no podrían ampararse en la justicia para volver a su patrimonio lo que les pertenece pero que por una u otra circunstancia está poseído por terceros; y esto es bajo todo punto inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho.

Como es claramente inaceptable la tesis que propugna el cargo, se rechaza en consecuencia.

Segundo cargo

Estima el recurrente, que hay incongruencia entre la demanda y la sentencia, porque en la primera se solicita una declaración de propiedad "en vista de la escritura 294 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá, y la sentencia hace la declaración sobre la escritura número 290 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª del mismo Circuito".

Se considera:

Coincide la Corte con la apreciación que hizo el Tribunal sobre este considerando que hace el recurrente, toda vez que la Sala falladora de este pleito al rechazar la antijurídica y extraña tesis del Juzgado de la primera instancia, la misma que copiándola presenta el recurrente como cargo, tuvo oportunidad de expresar que el derecho de dominio reside no en el número de una escritura sino en el título que lo declare y establezca. Sería como lo dice el Tribunal "irrisorio para la justicia" pretender que la equivocación nacida de un simple error de cita, tuviera como virtualidad el desconocimiento del derecho mismo; y más en este caso, cuando el título justificativo del derecho alegado se presentó oportunamente y en el memorial que solicitó la prueba, hizo el peticionario la aclaración de ese error que tanto impresionó al juzgado. Allí dijo el señor apoderado de la parte demandada, que pedía se agregara al expediente copia de la escritura número 294, no 290, de fecha 20 de febrero de 1918, por la cual Rita Córdoba v. de Buitrago vendió un inmueble a Pedro Cantor y Deogracias Mayorga, y a ese contrato fue al que se refirió la parte actora en su demanda y sobre el cual, en todo el juicio, ha controvertido el demandado.

Bajo todo punto de vista es absolutamente inocuo el cargo; se impone por tanto su rechazo.

Tercer cargo

El Tribunal desconoció erróneamente el valor probatorio de los títulos del demandado, y hace a favor de los demandantes una declaración de propiedad y pertenencia en contra de los intereses del demandado, contrariando la realidad jurídica de las pruebas llevadas al pleito.

Infundado también es este otro cargo. La sentencia no desconoció los títulos del demandado, que dicho sea de paso fueron presentados por la parte actora; precisamente en vista de ellos y teniendo en cuenta los allegados por el demandado fundó la Sala falladora la declaración que trae el proveído que se acusa; y si hizo la declaración de propiedad, fue porque el derecho consecuencial se acreditó, pese al error de número con que en la demanda hubo de señalarse el instrumento.

Pero hace el recurrente especial mención a la sentencia del Tribunal de Bogotá que en copia registrada vino a los au-

tos con la demanda de casación, y de la cual resulta que los actores de este juicio, Cantor y Mayorga, vendieron a Gregorio Mayorga el lote de terreno al cual se contraen las peticiones de este pleito, y que este señor Mayorga, luégo de recibir la posesión material del mismo lote, fue vencido en el juicio de dominio que le inició José Ramos —el demandado en este juicio—, juicio en el cual fue materia el mismo lote; por tal fallo, obtuvo Ramos no sólo declaración de propiedad a su favor sino la orden de restitución consiguiente a la acción reivindicatoria por él iniciada. Este elemento probatorio si se hubiese aducido oportunamente habría evidenciado que ninguna personería asiste a los actores para intervenir en estas diligencias; mas no siendo procedente en casación el allegamiento de nuevos elementos probatorios, la situación jurídica del negocio debe ser la establecida hasta el segundo grado, ya que, sobra decir, el recurso de casación va encaminado únicamente a la revisión de las sentencias de los tribunales por los motivos en que ellas se funden y teniendo en cuenta los cargos que se les formulen, sea por aplicación indebida de la ley, por interpretación errónea de los elementos probatorios aducidos legalmente en las instancias del proceso o por las demás causales taxativamente señaladas en el artículo 520 del Código Judicial.

Ha dicho repetidas veces esta Sala, que la Corte en casación, no tiene facultad para estimar elementos probatorios que por primera vez y ante la misma se presenten al debate, porque éste queda cerrado con el fallo del Tribunal. Su misión es puramente doctrinal, y va también a reparar los agravios que infieran las sentencias pero teniendo en cuenta únicamente, los fundamentos de hecho y de derecho aducidos oportunamente; la sentencia recurrida en casación es la que constituye el hecho o la materia sujeta al debate en este recurso, a diferencia de lo que ocurre en las instancias de un juicio en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o hecho demandado; los jueces falladores califican el proceso en su integridad, la Corte, cuando no procede como tribunal de instancia, juzga la sentencia en la parte acusada y por las causales y motivos que legalmente se aduzcan.

Es por tanto improcedente el cargo.

Finalmente, se observa: son varias las disposiciones legales que considera el recurrente como violadas por el Tribunal sentenciador al proferir el fallo que se acusa: cita los artículos 1750, 1757, 1759 y 1760 del Código Civil, que hablan en su orden, del plazo que la ley concede para pedir la rescisión de los contratos; de a quién incumbe la carga de la prueba de las obligaciones; del mérito que presta un instrumento público; y el último, que fija como norma, que la falta de un instrumento público en los casos en que la ley exige esta solemnidad no puede suplirse por otra prueba. Señala también como violadas, las disposiciones de los artículos 756, 757, 762, 764, 765, 778, 779, 789 del Código Civil, preceptos éstos incorporados, unos, en el Título 5º, Capítulo 3º del Libro I. del Código Civil "De las otras especies de tradición" y otros en el tratado "De la Posesión" normas legales éstas, que como las anteriores, no dice el recurrente en qué forma, por qué medios o motivos fueron quebrantadas por el Tribunal; sin embargo, la Corte observa, que relacionadas estas disposiciones con los cargos que presenta la demanda, no tienen relación ninguna con los considerandos de orden legal que allí se anotan. Otro tanto ocurre con las tomadas del Capítulo sobre "Prescripción", pues los autos nada tienen que ver con esta figura jurídica no alegada por las partes durante el trámite del juicio. Más inoportuno aún, el señalamiento de los artículos 1299, 1108, 1388, 1857 del Civil, que hablan, de cuando una persona toma el título de heredero, a qué títulos puede sucederse a una persona difunta, cómo deben definirse las cuestiones de propiedad que terceros disputen a una herencia, cuándo la venta debe reputarse perfecta. Basta el contenido simple de todas estas disposiciones para anotar la inoperancia de la cita en cuanto hace a la demanda que se estudia.

Nada puede pues, decir la Corte, en relación con estos preceptos legales, toda vez que los cargos que se hacen a la sentencia, ya explicados, si no tienen conexión directa ni indirecta con estas disposiciones de la ley, no pudieron haber sido quebrantados por la Sala falladora al proferir el fallo.

RESOLUCION

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de

la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha ocho de abril del corriente año, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, materia del recurso.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Liborio Escallón. — Dadiel Anzola.— Isaías Cepeda.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Hermán Salamanca. — Pedro León Rincón Srio. en ppd.

ACCIONES DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS Y DE REIVINDICACION—BIENES PROPIOS DEL CONYUGE Y BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CONFORME A LA LEY 28 DE 1932.

1.—Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges a título gratuito no forman parte de la sociedad conyugal, conforme a los artículos 1781 y 1782 del C. C.—2.—Aunque la ley 28 de 1932 no disolvió ni implícita ni explícitamente las sociedades conyugales ya existentes al entrar en vigencia, no puede exigirse durante ésta la previa formalidad de la liquidación provisional de tales bienes para que el cónyuge exclusivamente propietario pueda disponer libremente de sus bienes propios, pues tiene capacidad jurídica para hacerlo. En virtud de la nueva situación creada por la ley 28, hoy la potestad marital no se relaciona ya con los bienes y ha quedado reducida al régimen familiar de matrimonio, vale decir, a lo atañero a la vida común, al domicilio, a la crianza y educación de los hijos, etc. De donde se desprende que la mujer no necesita del requisito previo de liquidación de bienes para disponer de los que exclusivamente le pertenecen. Y aunque al tenor del inciso 2º del artículo 1781 del C. C., pertenecen a la sociedad conyugal los frutos de los bienes adquiridos durante el matrimonio, de tal circunstancia no se deduce por sí sola el interés que el marido pretenda tener para suplicar la rescisión de los contratos de venta realizados por su esposa. Esas ventas fueron hechas por quien tenía plena capacidad para hacerlo y no hay precepto alguno, dentro de las normas reguladoras del régimen de bienes en el matrimonio, que afecte especialmente los bienes propios del cónyuge al reconocimiento, liquidación y pago de los frutos naturales y civiles provenientes de esos mismos bienes. En tal caso tendría facultad el cónyuge para pedir una liquidación de la sociedad conyugal y dentro del trámite de tal liquidación exigir la incorporación de tales frutos al inventario de bienes, para que integren los gananciales de cada socio copartícipe. Pero nunca considerar afectados tales bienes propios al reconocimiento y pago de frutos o intereses, en términos de que justifiquen el interés jurídico del cónyuge para obtener la rescisión de los actos dispositivos de tales bienes. Aceptar esa tesis equivaldría a desnaturalizar la reforma y desconocer la capacidad plena de la mujer casada para administrar y disponer con libertad de sus bienes propios, sometiéndola a una previa liquidación y reconocimiento de frutos, antes de realizar el acto de disposición.—3.—Los aumentos o mayor valor de los bienes propios de cada cónyuge no hacen parte de la sociedad conyugal sino del haber particular de él.

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

(Magistrado penente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

El proceso

Por medio de libelo fechado el 30 de septiembre de 1937 Luis Carlos Campo demanda por vía ordinaria a las señoras Bertilda Campo de Jaramillo, Melva Campo de Tobón y señores Leonardo Campo y Arturo Jaramillo, solicitando estas declaraciones: a). Que son nulos los contratos de distribución a título de venta contenidos en las escrituras número 176 de 1933 y número 122 del mismo año, de la Notaría de Buga, por incapacidad de parte de la otorgante Sara Garrido de Campo por no haber precedido a la administración y distribución de sus bienes la liquidación de la sociedad conyugal Campo Garrido, existente entre el actor y la vendedora, el día de los contratos, y por omisión de los requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor de esos actos; b). Que como consecuencia, se ordene cancelar el registro de tales escri-

turas 176 y 122, y c). Que tres días después de notificados de la sentencia los demandados restituyan a la sociedad conyugal Campo-Garrido, en liquidación, los bienes raíces cuya situación y linderos se expresan en esos instrumentos de venta.

Agotada la tramitación de primer grado el Juez del conocimiento la falló en sentencia del día 8 de junio de 1939, en la cual declaró probada la excepción de petición de un modo indebido y en consecuencia absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda.

La sentencia acusada

En virtud de apelación interpuesta por el actor Campo subió este proceso al Tribunal Superior de Buga y esta entidad decidió la segunda instancia en sentencia de fecha 16 de febrero de este año, providencia que por las razones expuestas en su parte motiva reformó el fallo de primer grado en el sentido de declarar no probada la excepción de petición de modo indebido, pero la confirmó en su declaración esencial de absolver a los demandados de todos los cargos del libelo.

De esta manera razona el Tribunal en la sentencia acusada: los cargos que formula el actor para solicitar la nulidad de los contratos ya ameritados pueden sintetizarse así: a). Por no haber precedido a la celebración de los contratos ya mencionados la liquidación de la sociedad conyugal existente entre el actor y la vendedora doña Sara Garrido en el momento de hacer esas ventas; b). Que el contrato de arrendamiento de dichos bienes celebrado entre la vendedora Garrido y los compradores está calificado como donación entre vivos y se omitieron las exigencias legales para que un contrato de esta naturaleza tenga existencia real.

Estudiados los títulos que obran en el expediente, de ellos se deduce el origen y la procedencia de los bienes dados en venta por la señora Sara en los contratos cuya nulidad se pide. Teniendo en cuenta que esos bienes fueron adquiridos por Sara Garrido de Campo, a título gratuito, en las sucesiones de su primer marido, Ramón Campo Delgado, y de sus hijos José María y Leonardo Campo Garrido, podía disponer de éstos libremente por cuanto eran bienes propios de la otorgante. De manera que esos bienes, al tenor de lo estatuído en el artículo 1.781 del C. C., no eran bienes sociales sino propios de la vendedora.

Es cierto, continúa la sentencia, que mientras no medie la liquidación provisional de la sociedad conyugal ninguno de los socios puede disponer por sí solo de los bienes sociales, porque la ley 28 de 1932 no disolvió ni explícita ni implícitamente las sociedades conyugales que existían al entrar en vigencia el mencionado estatuto. Pero como se ha dicho, esa liquidación es indispensable para disponer de los bienes sociales y nunca de los bienes propios de cada cónyuge, al tenor de los artículos 1º y 5º de dicha ley. La incapacidad civil de la mujer casada desapareció, puesto que tiene libertad para administrar y disponer libremente de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiera adquirido o adquiera.

El nuevo régimen de bienes en el matrimonio, sigue la sentencia según la ley cuestionada se refiere sin duda alguna a los matrimonios contraídos antes y después de su vigencia; pero de sus disposiciones no se deduce que cada socio no pueda disponer libremente de sus bienes propios, y esto es precisamente lo que están diciendo los artículos 1º y 5º de la mencionada ley.

Concluye la sentencia que como los bienes vendidos por la señora Garrido a los demandados fueron adquiridos en las liquidaciones de las sucesiones de su primer marido Ramón-Campo y de sus hijos, a título gratuíto, no entraron a formar parte de la sociedad conyugal constituída con su segundo esposo el actor Luis Carlos Campo, sino que le pertenecían en la exclusiva propiedad. Como la ley 28 de 1932 vigente cuando hizo las ventas por medio de las escrituras números 176 y 122 de 1933, le concedía plena capacidad y personería para administrar y disponer libremente de su patrimonio particular, no adolecen de nulidad relativa por falta de capacidad de la vendedora, y el actor como cónyuge, carece de interés jurídico para intentar esa acción.

En cuanto a la sugerencia que hace el actor de que el contrato hecho por las partes en virtud del cual quedan en poder de la vendedora los bienes en calidad de arrendamiento constituye una donación entre vivos, sostiene la sentencia que ninguna demostración ha traído el actor a los autos de esta pretensión, porque las donaciones entre vivos tienen que ser aceptadas por el donatario y notificada la aceptación al donante para que el vínculo jurídico se considere perfecto (artículo 1.479 del C. C.); y ninguna constancia

existe en el expediente que demuestre el nacimiento de tal vínculo entre la señora Garrido y los compradores. Agrega que la acción, en la forma en que aparece intentada, para que los demandantes devuelvan conjuntamente los bienes adquiridos, no adolece de vicio alguno y por ello la excepción de petición de modo indebido, reconocida por el Juzgado en su fallo, no puede prosperar.

El recurso de casación

En un corto escrito presentado ante el Tribunal a tiempo que se interponía este recurso extraordinario sustenta su demanda de casación el actor Campo y sostiene que se ha violado la ley sustantiva, por infracción directa de los artículos 1.234, 1.826 y 1830 del C. C., por una parte; y se han interpretado erróneamente los artículos 1º, 4º y 7º de la Ley 28 de 1932, por la otra.

Para sustentar este cargo único sostiene que la ley civil le concede al cónyuge supérstite derecho a los gananciales, que se hacen exigibles desde que se disuelve el matrimonio o en cualquier evento desde que deba liquidarse la sociedad conyugal. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 28 citada, es preciso proceder a la liquidación de la sociedad conyugal y el objeto de ésta es precisamente determinar los gananciales y separar los bienes que a uno y otro pertenezcan.

El claro, en concepto del recurrente, que mientras no se lleva a cabo esa liquidación ninguno de los socios puede disponer de los bienes de que disfrutaba la sociedad, sea porque fuesen bienes sociales propiamente dichos, sea porque fuesen bienes propios de cada uno de los cónyuges (inciso 2º artículo 1.781 C. C.). Nulo sería, por tanto, todo acto dispositivo verificado por los cónyuges sin una previa liquidación.

Vendió la señora Garrido, continúa el recurrente los bienes a sus herederos sin antes haberse determinado la parte de gananciales que me correspondían como esposo legítimo, durante mas de treinta años que duró nuestro matrimonio. Tales bienes adquirieron un mayor valor considerable y este mayor valor es precisamente lo que constituye y lo que debe repartirse entre los cónyuges por concepto de gananciales.

Estudio de los cargos

Aparece plenamente demostrado en los autos —y sobre ese hecho no puede admitirse controversia—, que los bienes raíces vendidos por la señora Garrido de Campo por medio de las escrituras números 122 y 176 de 1933, de la Notaría de Buga, eran de su exclusiva propiedad o bienes propios del cónyuge, por haberlos adquirido a título gratuíto en las sucesiones de su primer marido Ramón Campo Delgado y de sus hijos legítimos José María y Leonardo Campo Garrido, sucesiones éstas protocolizadas por instrumentos públicos números 270 de 1896 y 484 de 1908, de la misma notaría.

Artículo 1.781 del C. C., determina con toda claridad de qué bienes se compone el haber de la sociedad conyugal, y del elenco de tales bienes sociales están excluídos aquellos adquiridos por cada uno de los cónyuges, a título gratuíto. De allí que el 1.782 ibídem estatuya que las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a títulos de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y el 1.788 dispone que las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuíto, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario, aun cuando tales donaciones o asignaciones hayan sido hechas por consideración al otro.

Siendo esto así no se alcanza a apreciar el fundamento de la alegación que hace el actor y recurrente de que la señora Garrido de Campo no podía disponer de esos bienes sin antes proceder a la liquidación siquiera provisional de la sociedad de bienes entre los cónyuges, ninguno de los cuales puede disponer libre y separadamente de los bienes sociales, porque la ley 28 de 1932 no disolvió ni implícita ni explícitamente las sociedades conyugales ya existentes al entrar en vigencia. Bien está que esa liquidación provisional sea necesaria e indispensable para poder repartir bienes del patrimonio social y para que cada socio reciba el lote de bienes que le corresponda por concepto de gananciales en esa liquidación, a efecto de que pueda más tarde disponer de éstos libremente, de acuerdo con la plena capacidad jurídica otorgada a la mujer casada por los artículos 1º y 5º del nuevo estatuto regulador del régimen patrimonial en el matrimonio; pero no puede exigirse la previa formalidad de tal liquidación de bienes para que el cónyuge exclusivamente propietario pueda disponer libremente de sus bienes propios, teniendo capacidad jurídica suficiente para hacerlo. Así lo resol-

vió esta Corte en sentencia de 20 de octubre de 1937 cuando dijo: "Cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del primero de enero de 1933". (G. J. T. XLV, página 630).

La ley 28 de 1932, que consagró la plena capacidad jurídica de la mujer casada para disponer y administrar con toda libertad sus bienes propios (artículos 1º y 5º) entró en vigencia el primero de enero de 1933. Como la señora Garrido de Campo otorgó las dos escrituras públicas de venta cuya rescisión se suplica los días 27 de marzo y 6 de mayo de dicho año, es indudable que cuando tal cosa hizo y trasmitió el dominio de los inmuebles relacionados en esos instrumentos estaba investida de plena capacidad para hacerlo, sin que fuera necesario ni la intervención o autorización de su segundo esposo, ni la previa liquidación provisional de la sociedad conyugal constituída con éste último.

Llega la Corte a esta conclusión porque los artículos 1º y 5º de la mencionada Ley 28, que consagraron esa capacidad, no exigen en forma alguna que para ejercerla la mujer casada y disponer de sus bienes propios tenga necesariamente que liquidar la sociedad de bienes con su marido. A virtud de la nueva situación creada por la Ley 28, hoy la potestad marital no se relaciona ya con los bienes y ha quedado reducida al régimen familiar de matrimonio, vale decir, a lo atañedero a la vida en común, al domicilio, a la crianza y educación de los hijos, etc.

Ya dijo bien claro la Corte en su sentencia de 20 de octubre de 1937 que la finalidad primordial de la Ley 28 fue conferir a la mujer casada plena capacidad para la administración y disposición de sus bienes; de manera que exigirle el previo requisito de la liquidación de bienes para poder ejercitar tan preciosa facultad legal sería desnaturalizar la importante conquista consagrada por el nuevo estatuto. En el antiguo régimen del Código Civil bien se explicaba que fuera necesario colacionar los bienes raíces propios y exclusivos de la mujer casada, en las liquidaciones de las sociedades conyugales, porque bajo ese régimen existía la obligación a cargo del marido de restituír a la mujer los bienes propios de ésta, usufructuados o administrados por el marido como jefe que era de la sociedad de bienes. Pero bajo el régimen de la nueva ley, no se ve la necesidad de colacionar bienes raíces propios de la mujer casada, en una liquidación previa, porque la Ley 28 le ha otorgado plena libertad y capacidad para disponer de ellos.

También pretende el actor y recurrente justificar el interés jurídico que pueda tener en el ejercicio de esta acción con la consideración de que sí era necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal que tenía contraída con la vendedora doña Sara, porque a dicha sociedad pertenecían tanto los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de los bienes de propiedad de ésta, como el valor o aumento de precio de los bienes, adquirido durante el matrimonio.

La Corte considera:

Es indudable que al tenor del inciso 2º del artículo 1781 del C. C. pertenecen a la sociedad conyugal tales frutos, réditos y proventos producidos por los bienes propios de cada cónyuge, pero tal circunstancia no origina por sí sola el interés jurídico que el marido pretende tener para suplicar la rescisión de los contratos de venta realizados por su esposa. Esas ventas fueron hechas por quien tenía plena capacidad para hacerlo y no hay precepto legal alguno, dentro de las normas reguladoras del régimen de bienes en el matrimonio, que afecte especialmente los bienes propios del cónyuge al reconocimiento, liquidación y pago de los frutos naturales y civiles provenientes de esos mismos bienes. En tal caso, tendría el cónyuge facultad para pedir una liquidación de la sociedad conyugal y dentro del trámite de tal liquidación exigir la incorporación de tales frutos al inventario de bienes, para que integren los gananciales de cada socio copartícipe. Pero nunca considerar afectados tales bienes propios al reconocimiento y pago de frutos o intereses, en términos de que justifiquen el interés jurídico del cónyuge para obtener la rescisión de los actos dispositivos de tales bienes. Aceptar esa tesis equivaldría a desnaturalizar la reforma y desconocer la capacidad plena de la mujer casada para administrar y disponer con libertad de sus bienes propios, sometiéndola a una previa liquidación y reconocimiento de frutos, antes de realizar el acto de disposición.

Por las mismas o parecidas razones se rechaza la tesis de que el mayor valor o aumento de estimación de los bienes propios de cada cónyuge hagan parte integrante del haber de la sociedad conyugal. Tal aumento de valor corresponde de ple-

no derecho al dueño del bien respectivo, cuyo dominio no ha sido trasmitido en forma alguna a la sociedad, y no tendría ésta fundamento alguno para reclamar un beneficio o un provento que no se ha incorporado a su patrimonio, sino que por expresa disposición legal ha conservado el respectivo cónyuge propietario. Lejos de existir un precepto que tal cosa consagre, existe otro que contraría de manera evidente la pretensión del recurrente y es el artículo 1827 del C. C. que dispone que las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos, deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge. Por el aumento que provenga de causas naturales o independientes de la industria humana, **nada se deberá a la sociedad** (subraya la Corte).

Para un caso semejante acaba de sentar la Corte la doctrina cuya parte pertinente dice así:

"Si se objeta, que la mujer ve defraudado el interés que pueda deducir de la posible sucesión de su esposo, que la interesa que su marido no disponga en vida de sus haberes que actualmente posee, y que de todo esto fluye la personería y el interés jurídico requerido por la ley (a términos del Tribunal), considera la Corte que estas apreciaciones, fruto apenas de esperanza o espectativa calculada, no son en forma alguna hábiles para fundar o deducir el interés jurídico y actual, único que reconoce la ley para esta clase de actividades procesales. En los casos en que la ley hable de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir una persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio, que en presencia del Código Civil ha de ser no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. El derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro, es doctrina sentada en repetidos fallos por esta misma Sala". (Sentencia de casación de 22 de agosto de 1940, G. J. T. XLIX, Nº 1959).

Son suficientes las razones que acaban de exponerse para desestimar, por inoperante, el cargo que con tales fundamentos ha pretendido hacerle el actor a la sentencia recurrida.

Fallo:

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el día 16 de febrero de 1940, que ha sido materia del recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

PERJUICIOS—ACCION DE RESPONSABILIDAD POR DELITOS O CULPAS

1.—La obligación que el delito o cuasi-delito crea a cargo del autor del mismo es la de reparar el daño causado, relación que consiguientemente da a la víctima el derecho correlativo de exigir la indemnización. La acción que compete a la víctima de un delito o cuasi-delito para obtener de su autor la reparación del daño es personal, mueble y patrimonial. — 2.—La víctima del daño, como acreedor de la obligación de indemnizar cuando se presenta en juicio a demandar la reparación por el daño tiene necesidad, para triunfar en sus pretensiones, de dar la prueba completa del hecho culposo, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño. Sin la demostración de estos tres elementos esenciales no se puede estructurar el fenómeno de la responsabilidad civil, que el sistema de nuestro derecho tiene como fundamento de la culpa. Para que exista la responsabilidad civil es necesario demostrar un hecho ilícito (delito penal o delito civil); comprobar la realidad del daño, y establecer, además, que estos dos términos, *ilícito* y *daño*, están vinculados por una relación de causa y efecto. — 3.—Antes y después de las disposiciones que contiene la Ley 94 de 1938 sobre acción civil o privada de reparación del daño causado por una infracción penal, la sentencia pronunciada por la jurisdicción del crimen, absolutoria del sindicado por no haberse realizado el hecho que dio nacimiento a la investigación penal, hacía imposible la instauración de una acción civil de reparación, con fundamento o como si el hecho, negado ya por el juez penal, hubiera en realidad ocurrido. Cuando la sentencia proferida en el juicio criminal dice que el hecho imputado al sindicado no se ha realizado, eso ya no puede discutirse y menos contradecirse en un juicio civil. La sentencia de la jurisdicción criminal excluye *ipso jure* en este estado, la civil. Si para efecto de demostrar una responsabilidad determinada se adelanta la respectiva investigación criminal y ella termina después de evacuarse todas las citas que resulten, con un sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, con fundamento en que éste no es autor del hecho ilícito, es de orden público respetar ese estado de cosas, porque de lo contrario surgirían a la relación social de unas mismas partes dos fallos contradictorios sobre una misma situación jurídica y esto peca, no sólo contra la estabilidad y seriedad de las resoluciones firmes de los jueces, sino contra el artículo 39 de la Ley 169 de 1936 y contra el 28 de la 94 de 1938.

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

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

Víctor Castrillón, vecino de la ciudad de Manizales, en memorial al Juzgado 2º de ese Circuito demandó por la vía ordinaria al señor Roberto Mesa, para que con audiencia y en sentencia definitiva, se hiciera esta única declaración: "Que el señor Roberto Mesa está en la obligación de pagarme la suma de cuatro mil pesos moneda corriente en que aprecio los perjuicios sufridos como consecuencia del golpe que de él recibí en las circunstancias especificadas en el hecho primero de esta demanda, o lo que se determine a justa tasación de peritos".

En fundamento de su demanda expuso estos hechos:

"**Primero.** En los meses de junio o julio del año próximo pasado, un día jueves, encontrándome yo en el establecimiento denominado 'Bar Dollar', situado en las Galerías del Mercado de esta ciudad, carrera 9ª, entre calles 13 y 14, en completo estado de embriaguez, me acerqué a la mesa donde se hallaba el señor Pedro Mesa, a quien siempre consideré como amigo y he tratado con mucha confianza, por ser mi colega en el oficio de carnicero, y le dirigí, en tono de charla, algunas palabras, que éste tomó a mal; Pedro se levantó indignado con las palabras que le dirigí y los dos nos fuimos a las manos, pero sin intención de pelear, al menos por mi parte, pues continuaba creyendo que se trataba de una charla a la que estábamos acostumbrados; en estos momentos el señor Roberto Mesa, hermano de Pedro, y quien se hallaba en una mesa cercana, en lugar de servir de

mediador, como hubiera sido lo más correcto y natural, me dio un fuerte golpe en la sien derecha, tan fuerte, que a consecuencia de él me fui al suelo, caída a consecuencia de la cual sufrí la rotura de la rótula de la pierna izquierda, quedando con una incapacidad que los médicos fijaron en seis meses, pero que aún persiste, no obstante haber transcurrido cerca de un año. Quedé, pues, completamente inválido y con una lesión de por vida.

"**Segundo.** Como consecuencia de la rotura de la rótula de la pierna izquierda, hube de ingresar al hospital municipal de esta ciudad, donde los médicos de ese establecimiento me sometieron a una delicada operación, habiéndome hecho permanecer en completa quietud durante sesenta días.

"**Tercero.** Salí del hospital, pero he continuado incapacitado, pues camino con gran dificultad, valiéndome de un bastón, y no puedo hacer ejercicio largo de ninguna clase.

"**Tercero** (sic). Soy negociante de ganado, reconocido como tal en esta ciudad, durante más de ocho años y en mi oficio devengaba una suma que no rebaja en ningún caso de doscientos pesos mensuales.

"**Cuarto.** Como consecuencia del accidente que me causara el golpe de Roberto Mesa, me encuentro aún incapacitado, tuve que gastar el poco capital que tenía en servicios médicos y especialmente en el sostenimiento de mi familia; además, quedé completamente desadaptado, pues actualmente carezco de clientela, ya que ésta se pasó a otros negociantes y carezco también de medios económicos para volver a organizarme en mi oficio, por lo cual aprecio desde luego en más de tres mil pesos los perjuicios por el daño emergente y el lucro cesante".

El demandado contestó la demanda, diciendo al hecho principal: "Este punto es falso en el hecho que yo le haya propinado ningún golpe al señor Víctor Castrillón, y por ende mal puede ser que faltando la causa eficiente, las consecuencias las deduzca de una manera tan descabellada el demandante". A los demás, manifestó, no constarle ninguna de las afirmaciones indicadas, y propuso como defensa la excepción perentoria de "Cosa Juzgada".

Sentencias de primero y segundo grado

El Juez de la primera instancia dictó sentencia con fecha veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y ocho y absolvió al demandado de los cargos, fundándose "en que es jurisprudencia constante de los Tribunales del país, que si en un sumario o juicio criminal se sobresee o absuelve al sindicado o procesado, se rompe el vínculo que liga la acción criminal y la civil, proveniente de aquélla, se destruye la causa de una y otra y terminan ambas sin remedio alguno". Los autos llegaron al Tribunal Superior de Manizales por recurso de apelación legalmente concedido, entidad que revocó el proveído del Juzgado, para en su lugar hacer la condenación pedida en la demanda, pero remitiendo a las partes al procedimiento propio de la ejecución de la sentencia (artículo 553 del C. J.), para fijar mediante incidente la cuantía de la indemnización, todo en acatamiento al mandato del artículo 480 del Código Judicial.

Los fundamentos del fallo los relaciona la Sala sentenciadora, así: "Según el art. 2341 del C. C., es obligado a indemnizar el daño que ha causado el que ha cometido un delito o culpa, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por el delito o culpa cometido. Reparación que el artículo 2356 del C. C. extiende a todo daño que pueda imputarse simplemente a malicia o negligencia de la persona que lo causa... Según la prueba traída por Castrillón, Mesa ejecutó voluntariamente un hecho que causó daño a aquél, luego según las disposiciones antes citadas, el demandado debe indemnizar ese daño".

Refiriéndose a la tesis del Juzgado, de que el hecho de haberse sobreseído a favor de Mesa hace que no pueda prosperar la acción civil, sostiene el Tribunal que es injurídica, "porque, de un lado, el hecho base de la acción acaeció antes de la vigencia de la nueva legislación penal, que en su artículo 28 establece, ciertamente, que la acción civil no podrá proponerse ante el juez civil, cuando en el proceso penal se haya declarado en el auto de sobreseimiento definitivo, que la infracción no se ha realizado, que no se ha cometido por el sindicado, o que si la cometió, fue en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima; y de otro, porque estando vigente para el caso de autos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 153 de 1887, la disposición del artículo 39 de la Ley 169 de 1896, "la acción civil para la reparación del daño podía intentarse por el interesado no sólo dentro del mismo juicio criminal, sino por separado, ante el Juez civil, con la única condición de que el fallo no debía ser dictado sin que se dictara el fallo definitivo en lo criminal,

exceptuándose el caso de los cuasi-delitos o culpas, en el cual no había necesidad de suspensión de la acción civil intentada para la indemnización de perjuicios".

Y considera el Tribunal que la responsabilidad civil del demandado está claramente establecida en el proceso, por cuanto de manera cierta aparece comprobado que Castrillón fue el autor del daño, sin que por otra parte este señor haya tratado de desvirtuar tal consideración con elemento probatorio alguno, pues ni siquiera tuvo a bien aducir las que formaron el plenario del juicio criminal, y en las que los jueces del crimen tomaron fundamento para determinar el sobreseimiento, impuesto sólo por razón de deficiencia probatoria.

El recurso

La parte demandada vino en recurso de casación ante la Corte, y como su demanda fue legalmente admitida y el recurso ha recibido el trámite que corresponde, ha llegado la oportunidad de fallar ya que nada impide el pronunciamiento.

Se considera:

Invoca el recurrente, como causales, la primera de las determinadas en el ordinal primero del artículo 520 del C. J.: ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa y aplicación indebida; y por haberse dejado de estimar pruebas aducidas en el juicio. Señala como violadas las disposiciones de los artículos 33 de la Ley 104 de 1922, 473 del C. J., 28 de la Ley 94 de 1938, 2º y 39 de la Ley 153 de 1887; como indebidamente aplicado al caso del pleito, el artículo 2341 del C. C.; y como pruebas dejadas de aplicar las aducidas en el juicio criminal.

Los cargos

Colocados en el orden lógico correspondiente y brevemente extractados, pueden sintetizarse así:

Primero. Violación del artículo 2341 del Código Civil, por haberse interpretado erróneamente y dado aplicación indebida a tal disposición al caso del pleito, en razón de que, si ciertamente es verdad legal el hecho de que todo el que cometa delito o culpa está obligado a reparar el perjuicio que cause con su acto, no es menos cierto, que el proceso da certeza de que el demandado no fue el actor del hecho que produjo el daño cuya reparación o indemnización se demanda.

Segundo. El Tribunal, violó directamente por infracción manifiesta, por aplicación indebida y por interpretación errónea, el artículo 33 de la Ley 104 de 1922 y por lógica deducción el 473 del C. J., "pues habiéndose dictado ya una providencia que tiene el valor de una sentencia firme, se ha proferido otra que la contraría en forma manifiesta".

Tercero. Por haber dejado de aplicar al caso del pleito en orden a lo dispuesto por los artículos 2 y 40 de la Ley 153 de 1887, violó el Tribunal el artículo 28 de la Ley 94 de 1938, según el cual, "La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia o sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que el sindicado no ha cometido la infracción en que ella se funda o que al ejecutarla obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Cuarto. La sentencia es violatoria de la ley, por no haber apreciado el Tribunal las pruebas en que se fundó el juez en lo criminal para proferir auto de sobreseimiento a favor del demandado.

Primer cargo. Violación del artículo 2341 del C. C.

La disposición civil que se señala como violada, artículo 2341 del C. C., impone este contenido: "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".

Los puntos en que la sentencia del Tribunal es afectada por el cargo relacionado en este aparte, los relaciona así la Sala sentenciadora "Es necesario considerar que en el auto de sobreseimiento traído en copia se lee, que esta resolución fue tomada en vista de los pocos elementos de prueba que existían sobre la responsabilidad del sindicado y por la contradicción entre esos elementos, es decir, que el sobreseimiento fue pronunciado por deficiencia probatoria; pero en cambio, en este juicio, no existe esa insuficiencia, ni ese antagonismo entre las pruebas, pues hay prueba completa de los hechos, traída durante el término probatorio de este juicio, sin que el demandado hubiera presentado prueba que la desvirtúe, y en un juicio, como es el ordinario, en que la ley abre el más amplio cam-

po para que las partes controviertan sus pretensiones. Por lo demás, las pruebas que obraron en el proceso penal, no se conocen en este juicio, para formar criterio sobre ellas, pues ni siquiera fueron traídas en copia a estos autos".

La parte recurrente formula y explica el cargo así: "Para que mi mandante pueda ser obligado a resarcir los perjuicios que al demandante se le ocasionaron con la ruptura de la rótula, originada por la caída de que aquí se trata, es indispensable que no se le haya absuelto, no ya de intención criminal en el hecho, pero aún de participación material en su mera ejecución. Esta absolución se profirió en primera y segunda instancia con todos los requisitos legales pertinentes. ¿Cómo se puede venir a decir a estas horas que sí fue el autor material de la caída del demandante y que solamente se exime de la responsabilidad criminal por no haber obrado con intención delictuosa, pero que tiene que indemnizar los perjuicios que en su calidad de agente culposo ocasionó con motivo de tal caída?..... Con estas consideraciones queda establecido, al mismo tiempo, cuán indebidamente se aplicó, cuán erróneamente se interpretó y cuán directamente se violó en el fallo recurrido el artículo 2341 del Código Civil, en que se basó la condenación pronunciada en contra de mi mandante. Si él no es el auto intelectual ni material del hecho de que se queja el demandante, cómo se le puede condenar al resarcimiento de los perjuicios que del último se hayan podido derivar invocando una disposición que establece precisamente que quien está obligado a la reparación del daño ocasionado por un acto es el que lo ha cometido".

Se considera:

Que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de los delitos o cuasi-delitos, es punto que no admite ninguna discusión; basta tomar la letra del artículo 1494 del Código Civil. La obligación que el delito o cuasi-delito crea a cargo del autor del mismo, es la de reparar el daño causado, relación que consiguientemente da a la víctima el derecho correlativo de exigir la indemnización, porque todo derecho personal por razón de un acto delictivo se traduce en una obligación o carga para el deudor y en un crédito o derecho para el acreedor que puede hacerlo efectivo mediante la acción de responsabilidad. Efecto normal de los delitos o cuasi-delitos desde el punto de vista de la ley civil, es el de imponer a su autor la obligación de indemnizar el daño. La sanción del delito en lo tocante al lesionado, es la indemnización; la pena no es sino forzosa consecuencia de la infracción de determinada disposición penal, y se impone siempre aun con prescindencia del ofendido en nombre del Estado y a virtud del derecho social de castigar.

La acción que compete a la víctima de un delito o cuasi-delito para obtener de su autor la reparación del daño es personal, mueble y patrimonial. Personal, porque sólo puede ejercitarla el ofendido o sus herederos contra personas determinadas; mueble, porque tiene por objeto la reparación pecuniaria del daño; patrimonial, porque a más de ser susceptible de apreciación en dinero, puede cederse a cualquier título, renunciarse, ser objeto de transacción, etc. Para su ejercicio, es menester que el daño sea cierto, no eventual o contingente, que el interés sea legítimo, y que la acción descanse en una causa lícita.

En momentos en que ocurrieron los hechos que han dado lugar a este litigio, y al iniciarse la acción, tenía plena vigencia el artículo 39 de la Ley 169 de 1896, según el cual, la acción civil para la reparación del daño causado por el delito, podía intentarse por el interesado en el juicio criminal a efecto de obtener su decisión en ese fallo; pero podía también intentarse por el interesado por separado y ante los funcionarios de la jurisdicción civil, con la condición, empero, de que el fallo civil quedaba sujeto a suspensión entre tanto se decidiera la acción pública por el delito. Castrillón ejercitó la acción civil en juicio separado y oficiosamente los jueces del crimen siguieron la investigación tendiente a obtener la aplicación de la pena por la infracción legal, diligencias que terminaron con auto de sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, en razón de los motivos de que da cuenta ese proveído, o sea, no aparecer establecido en el proceso el hecho que dio origen a la investigación.

Versa el pleito sobre responsabilidad civil extracontractual, consecuencia de la llamada culpa **aquiliana** en derecho romano, esto es, la que nace sin relación jurídica preexistente de deudor y acreedor, sino como consecuencia de la ejecución de un hecho culposo que causa daño a otra persona y que da nacimiento por sí mismo al derecho de reparación del perjuicio. La víctima del daño como acreedor de la

obligación de indemnizar cuando se presenta en juicio a demandar la reparación por el daño tiene necesidad, para triunfar en sus pretensiones de dar la prueba completa del hecho culposo, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño. Sin la demostración de estos tres elementos esenciales no se puede estructurar el fenómeno de la responsabilidad civil, que el sistema de nuestro derecho tiene como fundamento básico de la culpa. Para que exista la responsabilidad civil es necesario demostrar un hecho ilícito (delito penal o delito civil); comprobar la realidad del daño; y establecer, además, que estos dos términos, **ilícito** y **daño**, están vinculados por una relación de causa y efecto. No sobra advertir, que la noción de **causa** es diferente del simple **antecedente**, que es lo que precede al fenómeno sin ser la razón de su existencia, y de la **ocasión**, que es lo que facilita la actividad de la causa.

En este caso, estima la Corte, no se halla satisfecha probatoriamente la exigencia triple de estos factores constitucionales de la responsabilidad civil, circunstancia, que, visiblemente reflejada en la sentencia del Tribunal, está legalmente bien alegada como cargo en casación al acusar el fallo por violación del artículo 2341 del C. C. por haberlo aplicado la Sala sentenciadora como si estuviera demostrada la culpa y la relación de causalidad entre el daño y la acción o hecho imputado al demandado. Por errónea apreciación de pruebas (error de hecho en la calificación del sobreseimiento definitivo), como se verá adelante, también se puede deducir quebranto del citado artículo.

No puede aceptarse como fuente idónea de responsabilidad civil el hecho descarnado de dar un puñetazo al impertinente en estado de embriaguez y en momentos en que ofenda de manera grave el patrimonio moral de un individuo. Y esto es lo único que probatoriamente ofrece el proceso. La sentencia hace relación a los testimonios de Aparicio Díaz y Rafael Castañeda que se reducen a afirmar que el 14 de mayo en que ocurrió el hecho en el bar Dollar, de Manizales, vieron que, estando en riña Víctor Castrillón con Pedro Mesa, el hermano del combatiente Roberto Mesa, le dio un puñetazo a Castrillón que lo hizo rodar por tierra ocasionándole un golpe en la rodilla izquierda, que le quedó dañada; con cita de estas declaraciones y en virtud del dictamen pericial que reveló en el actor una lesión de por vida, levísima, concluye el Tribunal que el demandante ha comprobado plenamente los hechos fundamentales de su demanda.

Castrillón dice que entró al bar "en completo estado de embriaguez" y que mientras reñía con Pedro Mesa, como lo corroboran los dos testigos citados, lo golpeó Roberto. En estas condiciones de hecho, evidentemente establecidas en autos, la prueba a que se refiere la sentencia no puede considerarse como bastante a acreditar que el puñetazo fue la causa de la caída y que la ruptura de la rótula fue el efecto del puñetazo.

Cuál fue la causa verdadera y eficiente de la caída? Fue un golpe de Pedro con quien luchaba y se golpeaba? Fue solamente el estado de completa embriaguez en que se hallaba? Ya la autoridad en lo penal definió este interrogante declarando que Mesa no fue el responsable directo de la caída que ocasionó el daño. Producido ya por la jurisdicción penal ordinaria el sobreseimiento definitivo antes de iniciarse este pleito sobre indemnización civil por el mismo hecho que fue objeto de investigación y fallo criminal, no puede ignorarse ni dejarse de lado, lo dicho por la justicia penal, porque su consecuencia jurídica inevitable es esterilizar la acción civil.

Antes y después de las disposiciones que contiene la Ley 94 de 1938 sobre acción civil o privada de reparación del daño causado por una infracción penal, la sentencia pronunciada por la jurisdicción del crimen, absolutoria del sindicado por no haberse realizado el hecho que dio nacimiento a la investigación penal, hacía imposible la instauración de una acción civil de reparación, con fundamento o como si el hecho, negado ya por el juez penal, hubiera en realidad ocurrido. Y esto, no por las razones sobre cosa juzgada que contiene la sentencia, sino por motivos más altos o imperiosos de orden público que imponen la armonía jurisdiccional e impiden que puedan pronunciarse dos sentencias contradictorias sobre el mismo hecho, sobre su existencia.

Pues bien: en este caso, contra lo que dice la sentencia del Tribunal, que se equivocó de hecho al apreciar el sobreseimiento definitivo afirmando que había sido producido por simple deficiencia probatoria del informativo, como si se tratara de un sobreseimiento simplemente temporal,

resulta que el hecho ilícito imputado a Roberto Mesa, que allá se señaló como fuente de responsabilidad penal y aquí se exhibe como fuente de responsabilidad civil, no se ejecutó, no tuvo existencia, no ocurrió. Y el hecho inexistente para un juez, tiene que ser inexistente para todos, y para todos los efectos. El sobreseimiento no dice que se dictara por deficiencia probatoria sobre la responsabilidad de Mesa; y aunque lo dijera, siendo definitivo, el hecho no probado es jurídicamente inexistente, y legalmente no es lícito volver a recabar sobre este mismo punto. Lo que el sobreseimiento dice y repite en forma inequívoca, es que Mesa no es responsable del delito de heridas porque la lesión que sufrió no fue consecuencia del puñetazo del sindicado sino consecuencia de una causa ajena a él, de una fuerza extraña o como quiera llamarse; que se cayó porque el piso estaba muy resbaloso y Castrillón se hallaba en completo estado de embriaguez.

Sobre esta cuestión esencial no deja lugar a duda lo que en seguida se copia de la providencia penal, ejecutoriada y equiparada legalmente a una sentencia definitiva.

El auto de sobreseimiento dictado por el Juez 3º del Circuito de Manizales con fecha 24 de octubre de 1936, dice: "..... Un buen número de testigos se ha examinado al respecto sobre los hechos y ninguno de ellos afirma con precisión si en verdad la caída de Castrillón obedeció al golpe o puñetazo que le infirió Roberto Mesa y antes por el contrario aparecen declarantes como Alejandro Escobar, persona bien conocida y altamente honorable que dice: "..... Ayer ..... estábamos en el café Dollar..... de un momento a otro entró el señor Víctor Castrillón, padre, y sin motivo alguno dijo esta expresión: Pedro Mesa es un .....; en seguida le tiró un puño y le dio por detrás; como digo, Mesa no le lanzó palabra alguna, lo currido fue por tanto inesperado. Inmediatamente Pedro se levantó y le tiró a Castrillón con la mano, ya que no tenía arma; como estaba con Castrillón un hijo de nombre Víctor también el cual quiso intervenir, Roberto Mesa, hermano de Pedro, que estaba allí con nosotros se levantó y le dijo a Víctor: mi hermano no es ..... y le tiró inmediatamente un puño; Castrillón **no cayó de este golpe** (subraya la Fiscalía) pero entonces aquello se volvió una trifulca y como el piso de la cantina es de baldosas, Víctor, el viejo, se fue al suelo, ya que por lo demás se hallaba demasiado borracho ....." Varios declarantes deponen de la misma manera. No sólo porque todas las declaraciones están más o menos en los mismos términos del señor Alejandro Escobar, persona reconocidamente honorable sino porque todas las afirmaciones de todos los testigos conducen a formar en el ánimo la convicción de que las lesiones sufridas por Castrillón, fueron motivadas por una causa ajena a la voluntad de Roberto Mesa, pues según se desprende de los autos, éste apenas dio un golpe en la cara a Castrillón y poco después, por el hecho de ser el piso del lugar de los sucesos construído de baldosines, Castrillón posiblemente se resbaló y cayó al suelo habiéndose golpeado la rótula de la pierna izquierda....."

En esta imputabilidad del hecho al sindicado fundó el Juzgado el sobreseimiento que el Tribunal, en auto del 23 de noviembre de 1936 confirmó plenamente. Entre las razones fundamentales de esta superioridad, después de analizar los dos únicos testimonios, el del hijo del ofendido y otro, que aseveran que fue Roberto Mesa el causante de la caída de Castrillón, dice: "..... Sin embargo, la existencia de esos dos testimonios no lleva a la Sala a poder apreciar con certeza que efectivamente Roberto sea el responsable, porque contra esa prueba existen en el expediente otra que es más robusta y más precisa, proveniente de las declaraciones de testigos presenciales, no complicados en el incidente, ni tachables de parcialidad como puede decirse respecto al hijo del ofendido, que al propio tiempo aparece complicado en la reyerta. Cosa que se afirma teniendo en consideración que si Castrillón, el viejo, estaba borracho, a tal extremo que no pudo saber siquiera cómo y por qué lo hirieron, y sí muchos testigos hablan de la peculiaridad del piso de la cantina o café que es de baldosas, fácil para caerse cualquiera si se tiene en cuenta que en esas tabernas el piso por lo regular se conserva húmedo y sucio, no está fuera de lo natural el que aquél, por efecto de la embriaguez, se cayera sin intervención de otro y se causara así esa seria lesión... El señor Fiscal del Tribunal estudia con interés las pruebas, y llega a la siguiente conclusión: "En poder de estos pocos elementos probatorios, en contradicción algunos de ellos, se debe llegar a la conclusión de que el señor Castrillón recibió varios golpes y por su

estado de embriaguez manifiesto y por ser el piso embaldosado se fue al suelo y en la caída se rompió la pierna izquierda, sin que se le pueda imputar a determinado sujeto la responsabilidad del accidente".

La infracción, el hecho imputado al sindicado, no se ha realizado, dice la sentencia penal con autoridad de cosa juzgada. Esto ya no puede discutirse (la existencia del hecho), y menos contradecirse en un juicio civil. La sentencia de la jurisdicción criminal excluye ipso-jure en este estado, la civil.

Pudiera argüírse que con las declaraciones recibidas en este juicio durante el término probatorio de la primera instancia, queda demostrada, contra lo evidenciado en el proceso criminal, la responsabilidad de Mesa como autor del daño sufrido por el demandante Castrillón. Se observa: si para efecto de demostrar una determinada responsabilidad, se adelanta la respectiva investigación criminal y ella termina después de evacuarse todas las citas que resulten, con un sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, con fundamento en que éste no es autor del hecho ilícito, se repite, es de orden público respetar este estado de cosas, porque de lo contrario surgirían a la relación social de unas mismas partes dos fallos contradictorios sobre una misma situación jurídica; y esto peca, no sólo contra la estabilidad y seriedad de las resoluciones firmes de los jueces, sino contra la letra del artículo 39 de la Ley 169 de 1896 que establecía que la acción civil para reparar el perjuicio ocasionado por delitos había de seguirse con absoluta sujeción al resultado de la acción penal, tal como lo establece y lo reafirma hoy el artículo 28 de la Ley 94 de 1938. En esta situación jurídica, las pruebas producidas en el pleito civil en demostración del hecho negado por la justicia penal, son legalmente ineficaces y por consiguiente inaceptables.

Siendo, pues, indispensable en esta clase de procesos, y como primera condición, para dar imperio a la disposición del art. 2341 del C. C., la demostración clara y precisa de que el demandado cometió el hecho ilícito causa del daño cuya reparación se solicita, no habiéndose demostrado, como equívocamente lo afirma la sentencia que ha venido al estudio de la Corte, que Mesa sea autor o responsable del hecho que se le ha imputado, surgen como consecuencias, la consideración de que el Tribunal fallador al dar en su sentencia aplicación al artículo citado —2341 del C. C.— para deducir de él y a cargo del nombrado Mesa la obligación que se demanda, ha violado tal disposición legal, y que por tanto se halla demostrado el cargo que por tal motivo se hace al fallo expresado; circunstancia esta, por lo demás, suficiente a llevar a la Corte a casar la sentencia acusada, para en su lugar, confirmar la del Juzgado de primera instancia por cuanto ella absuelve al demandado, ya que no es necesario el estudio de los otros cargos, por disponerlo así el artículo 538 del Código Judicial.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha doce de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, y en su lugar **confirma** la de primera instancia dictada por el Juez 2º Civil del Circuito del mismo lugar, de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos treinta y ocho. Sin costas.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION — ACREEDORES HEREDITARIOS — FACULTAD DE REPUDIACION DE LA HERENCIA — INCLUSION DE CREDITOS EN LOS INVENTARIOS — QUIENES PUEDEN OBJETAR LOS INVENTARIOS.

1.—Los acreedores hereditarios pueden asumir tres posiciones para obtener el reconocimiento de sus créditos: 1ª Demandar a la sucesión representada por sus herederos para obtener el pago de lo que les adeudaba el causante; 2ª Esperar a la terminación del juicio y liquidación de la herencia, para demandar a los herederos a prorrata de su cuota hereditaria, y 3ª Intervenir en el juicio de sucesión para que, cuando sea el caso, sus créditos sean incluídos en el inventario y para pagarlos se señalen bienes en la partición. Este tercer medio es el más expedito y usado y cuando por cualquier circunstancia no es viable o fracasa, le quedan los otros dos medios al acreedor. La primera acción se basa en el artículo 1162 del C. C., la segunda en el artículo 1411, y la tercera, entre otros, en los artículos 1289, 1312 del C. C. y 908; 909, 935 y 941 del C. J. El acreedor hereditario tiene también las acciones de los artículos 1279 y 1298 del C. C., con relación con el 908 del C. J. — 2.—La facultad de repudiación de la herencia por un asignatario no es irrestricta ni ilimitada y no puede ir nunca en perjuicio de los intereses de los acreedores: de ahí los principios consagrados por los artículos 1295 del C. C. y 909 del C. J. — 3.—La inclusión de un crédito en el pasivo de los inventarios produce este efecto: la destinación de bienes en la partición para el pago de las deudas reconocidas; de ahí la disposición del artículo 1393 del C. C., precisamente porque la ley no da derecho al acreedor ni para pedir la partición ni tampoco para objetarla, acciones éstas que sólo corresponden ambas a los coasignatarios y la primera a los legatarios. Cuando esa inclusión no se hace, el partidor no puede tener en cuenta el crédito que no fue incluído, porque el trabajo de partición, por regla general, debe tener como base los bienes inventariados, las deudas aceptadas o admitidas y los avalúos dados a aquellos. Sólo por excepción puede apartarse de la tasación hecha por los peritos, en los términos del artículo 1392 del C. C. 4.—No pudiendo los acreedores objetar la partición, no pueden alegar la falta de citación o emplazamiento a que se refiere el numeral 3º del artículo 448 del C. J., puesto que carecen de personería para ello. Y no solamente de personería sino de interés jurídico, porque la omisión o desconocimiento que en un juicio de sucesión se haga de los créditos contra el causante, ni desvirtúa el valor legal de tales créditos ni imposibilita a los acreedores para obtener la efectividad de éstos por la vía legal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En la sucesión de Tobías Pulido Z. se practicó el trabajo de partición y adjudicación de los bienes relictos, que fue aprobado por el Juez del conocimiento, 5º del Circuito de Bogotá, en sentencia de 14 de junio del año próximo pasado.

De este fallo apeló el apoderado de los acreedores, y la apelación denegada por el Juez **a quo**, fue concedida en recurso de hecho por el Tribunal, por cuanto consideró que los acreedores en este juicio tenían personería para apelar.

En virtud de esto el Tribunal, previa la tramitación del caso, procedió a dictar sentencia de segundo grado y así lo hizo el 10 de noviembre postrero confirmando la apelada. Contra la decisión del Tribunal han recurrido en casación los acreedores por medio de su personero.

Pasa hoy la Corte a decidir el recurso, para lo cual considera lo siguiente:

Durante la tramitación del juicio y antes de practicarse los inventarios se presentaron Alfredo, Soledad, Sixta Tulia y Enrique Angulo Grillo acompañando copia de una sentencia ejecutoriada dictada por el Juez Cuarto del Circuito de Bogotá, con fecha 24 de agosto de 1933, en virtud de la cual fueron condenados Tobías Pulido y Antonio Estévez O. a pagar a la sucesión ilíquida de Moisés Angulo y Tulia Grillo representada por los peticionarios la suma de $ 1.500 y sus intereses devengados.

Los expresados solicitantes pidieron al Juez, ejercitando el derecho de que trata

el artículo 941 del C. Judicial, que dispusiera que el crédito mencionado se tuviera en cuenta en el pasivo de los inventarios de la sucesión del señor Tobías Pulido.

El Juez en auto de 7 de noviembre de 1938 ordenó que se incluyera en el pasivo de la expresada sucesión el crédito mencionado y ese auto quedó en firme.

Al practicarse los inventarios por el apoderado del único interesado, señor Luis Méndez, no se hizo esa inclusión y al verificarse la partición también se prescindió del crédito y no se formó hijuela para el pago del pasivo.

La sentencia recurrida se fundó en que los acreedores interesados no objetaron los inventarios y en que no habiendo sino un solo adjudicatario no era el caso de correr traslado de la partición. El fallador acepta que existe un auto que ordenó incluír en el pasivo el crédito de que da cuenta la sentencia mencionada, pero dice que como no fue incluído en la diligencia de inventario y no hubo reclamo por los acreedores, lo procedente es aprobar la partición.

El recurrente acusa la sentencia por las causales 1ª, 2ª y 6ª del artículo 520 del C. Judicial y respecto de la primera señala como violados los artículos 1343 y 1393 del C. Civil. Sostiene que las normas de éstos no fueron tenidas en cuenta al dictarse el fallo por cuanto "constando el crédito materia de este debate en título que presta mérito ejecutivo y habiéndose él mandado tener en cuenta o incluírse en el pasivo de la sucesión, como lo mandan los autos del Juez de la causa, era de rigor absoluto legal, formar el lote o hijuela de bienes suficientes para pagarlo como lo prescriben los dos textos legales".

Como cuestión previa considera la Corte que aun cuando los acreedores no son parte en el juicio de sucesión y por ende carecen de personería para actuar procesalmente como los asignatarios, con todo tratándose aquí de una cuestión de fondo que no puede estudiarse sino en la sentencia, no era el caso de resolverla en el auto sobre admisibilidad del recurso y aunque esa misma consideración debiera bastar para fundamentar las conclusiones negativas a que ha de llegar en este fallo, la Corte, en vía de estudio, entra a hacer algunas consideraciones generales sobre la posición y derechos de los acreedores en un juicio de sucesión y a examinar, con tal fin, los cargos formulados.

En efecto: No coloca la ley en situación de mero expectador al creedor hereditario sino que le da ciertos medios y recursos para que dentro del juicio de sucesión pueda obtener el reconocimiento de su crédito.

Tiene dicho acreedor tres acciones, o mejor puede asumir tres posiciones: 1ª Demandar a la sucesión representada por sus herederos para obtener el pago de lo que le adeudaba el causante; 2ª Esperar a la terminación del juicio y liquidación de la herencia, para demandar a los herederos a prorrata de su cuota hereditaria, y 3ª Intervenir en el juicio de sucesión para que, cuando es el caso, su crédito sea incluído en el inventario y para pagarlo se señalen bienes en la partición.

Este tercer medio es el más expedito y usado y cuando por cualquier circunstancia no es viable o fracasa, le quedan los otros dos medios al acreedor.

El fundamento general que le da base a las tres acciones está contenido en el artículo 1162 del C. Civil; el principio que da asidero a la segunda acción, es el expresado por el artículo 1411 de esta obra, y la tercera se funda, entre otros, en los artículos 1298. 1312 del C. Civil, 908, 909, 935 y 941 del C. Judicial.

Respecto de esta última acción que es la que interesa para el caso de este pleito, se observa: Como al acreedor hereditario no le es indiferente la pérdida o extravío de los bienes del causante, o la disminución de éstos, tiene la acción que consagra el artículo 1279 del C. Civil para que se guarden bajo llave y sello los muebles y papeles de la sucesión, y como la muerte del causante no puede convertir en incierta la situación jurídica del acreedor tiene éste las acciones de los artículos 1297 y 1298 ibídem en relación con el artículo 908 del C. Judicial, ya para pedir la declaratoria de yacente de la herencia, ya para obligar a los asignatarios a que manifiesten si aceptan o no la herencia, y hasta para aceptar ésta, aceptación que va hasta concurrencia de su crédito. Pero hay más: la facultad de repudiación de la herencia por un asignatario no es irrestricta ni ilimitada y no puede ir nunca en perjuicio de los intereses de los acreedores y de ahí los principios consagrados por los artículos 1295 del C. Civil y 909 del Judicial.

Abierto el juicio de sucesión, el acreedor puede solicitar la práctica del inventario y avalúo de los bienes relictos, artículos 1312 del C. Civil y 935 del Judi-

cial, lo cual tiene entre otras, la consecuencia de la inclusión del crédito en el pasivo de la sucesión, si aquél se halla dentro de alguno de los dos casos del art. 941 del C. Judicial.

La inclusión, cuando se hace, produce un efecto legal, a saber: la destinación de bienes en la partición para el pago de las deudas reconocidas, y de ahí la disposición del artículo 1393 del C. Civil, que no solamente contiene una norma imperativa sino que hace radicar sobre el partidor que omite ese deber una grave responsabilidad civil, precisamente porque la ley no da derecho al acreedor ni para pedir la partición ni tampoco para objetarla, acciones éstas que sólo corresponden ambas a los coasignatarios y la primera a los legatarios, artículos 953 y 958 del C. Judicial.

Mas cuando esa inclusión, por una u otra causa no se hace, el partidor no puede tener en cuenta el crédito que no fue incluído, porque el trabajo de partición, por regla general, debe tener como base los bienes inventariados, las deudas aceptadas o admitidas y los avalúos dados a aquellos. Sólo por excepción puede apartarse de la tasación hecha por los peritos, en los términos del artículo 1392 del C. Civil.

En el caso de autos es cierto que el crédito a favor de los Angulo Grillo y en contra del causante Pulido fue ordenado incluír en los inventarios; pero si, por una parte y de una manera arbitraria, quien practicó la diligencia se negó a incluírlo, por la otra los acreedores que tuvieron la oportunidad legal y el tiempo suficiente para reclamar contra esa exclusión indebida no lo hicieron; dejaron agotar los términos para tal efecto y entonces, pagado el impuesto sobre donaciones y sucesiones, tenía que proceder el auto aprobatorio de los inventarios. Nótese que el auto de traslado del inventario es de 12 de diciembre de 1938; que el de aprobación es de mayo 4 de 1939 y que es de 24 del mismo mayo el auto que decretó la partición.

El partidor por lo tanto no podía formar hijuela para el pago de deudas que no aparecían inventariadas como pasivo en la respectiva diligencia, y entonces tanto el Juez como el Tribunal y puesto que la partición no fue objetada, debían aprobar el trabajo. Las disposiciones del artículo 1393 obligan al partidor a formar lote o hijuela pero para cubrir las deudas conocidas; y este conocimiento tanto en su cuantía como en su procedencia y demás detalles no puede tenerlo en cuenta el partidor sino por lo que conste o aparezca del inventario. El no puede proceder oficiosamente. Siendo esto así, no pudo haber violación de artículos del C. Civil, por lo que acaba de exponerse.

La segunda causal de casación no es admisible en este caso, porque la sentencia aprobatoria de la partición, no tenía por qué considerar ninguna pretensión deducida por los recurrentes hoy en casación, entre otras razones porque no habiendo sido incluído en los inventarios el crédito de éstos, ni el partidor podía tenerlo en cuenta ni el Tribunal ordenar extemporáneamente esa inclusión ni siquiera considerar ese extremo.

Respecto de la causal sexta invocada en el recurso se observa: caso de que existierán las irregularidades en la práctica de la diligencia de inventarios y avalúos, a que se refiere el recurrente, no caerían dentro de la órbita del numeral sexto del artículo 520.

En lo referente al cargo contenido en el recurso y apoyado en el hecho de no haberse corrido traslado de la partición a los acreedores, es de observar que ese traslado lo ordena dar la ley, artículo 964 del C. Judicial, para dar campo a la objeción u objeciones que puedan hacer los interesados, y no pudiendo los acreedores objetar la partición, no pueden alegar la falta de citación o emplazamiento a que se refiere el numeral tercero del artículo 448 del C. Judicial puesto que carecen de personería para ello. Y no solamente de personería sino de interés jurídico, porque la omisión o desconocimiento que en un juicio de sucesión se haga de los créditos contra el causante, ni desvirtúa el valor legal de tales créditos ni imposibilita a los acreedores para obtener la efectividad de éstos por las vías legales.

El cargo que se estudia tampoco puede por lo tanto prosperar.

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

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE PETICION DE HERENCIA—DOCUMENTO AUTENTICO — ACTAS DE ESTADO CIVIL

1.—La acción de petición de herencia es distinta de la que se encamina a obtener una determinada filiación o estado civil. Quien ejercita esa acción ha de demostrar, como hecho principal, especialmente si se trata de una sucesión intestada, su estado civil en relación con el causante de la herencia disputada a fin de que la justicia determine si, a virtud de la vocación herencial que alega, tiene prioridad, igualdad o algún derecho sobre los bienes de la sucesión poseídos por otros en su condición de herederos. Si el autor no prueba su carácter de heredero la sentencia tiene que ser absolutoria, pero sin que sea lícito al juzgador decidir algo sobre estado civil cuando sobre esto no se ha hecho ninguna petición en el juicio, porque puede suceder, ciertamente, que al mismo tiempo se controvierta bajo la misma cuerda esta calidad. Sólo entonces, y por esa razón, puede fallarse sobre esa calidad o estado; porque esa ha sido la intención también del pleito. — 2.—El principio de que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas y que no perjudican sino a los que litigaron y a sus derechohabientes, sufre como excepción los casos en que el fallo profiera declaración de estado. (Artículos 401, 1303 del C. C.) — 3. La autoridad civil conoce no solamente acerca de la validez o nulidad de los matrimonios civiles, sino también de las consecuencias o efectos civiles que se derivan del matrimonio católico y tiene plena jurisdicción para regular tales efectos.—4. Conforme al artículo 632 del C. J. el documento auténtico no es la certificación del párroco sino el acta o partida principal del estado civil, autorizada por el mismo párroco que presenció el hecho constitutivo de tal estado en ejercicio de sus funciones eclesiásticas. El cura párroco es considerado como funcionario público, pero cuando autoriza actas del estado civil que dan fe de actos pasados ante él en su calidad de oficial público del estado civil, según el artículo 22 de la Ley 57 de 1887. La misión de los párrocos, en lo tocante a las partidas de estado civil, se limita a crear o a hacer las actas en su condición de funcionarios públicos para esos efectos, pero teniendo en cuenta los hechos que presencien o pasen ante ellos; no pueden crear, para efectos civiles, actas, partidas o pruebas supletorias en relación con nacimientos, matrimonios o defunciones no pasados ante ellos. Esta es misión única de los jueces laicos, porque así lo ha prescrito el Código Civil y toda la ley concordataria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

Después de varias diligencias tendientes a establecer de manera supletoria el estado civil de casados de Manuel Márquez y Carmen Mesa, el señor Juez 3º civil del Circuito de Ocaña declaró abierto y radicado en su Juzgado ese juicio sucesorio doble, por medio de auto fechado el veintisiete de junio del año de mil novecientos diez y nueve, proceso que finalizó con la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes relictos proferida el quince de julio del año de mil novecientos veintiséis. Los causantes tuvieron diez hijos, llamados Eudocia, Socorro, Juan de Dios, Angelina, Petrona, Emilio, Juan Esteban, Víctor Ramón, Ricardo y Gerónimo; como dejara de presentarse al juicio de sucesión, Eudocia, el haber herencial se adjudicó a los otros hijos, haciendo cartilla de adjudicación a unos, en su propio nombre, a los cesionarios de otros, y a los representantes legítimos de los restantes. El catorce de septiembre de mil ochocientos noventa y siete en la parroquia de Ocaña, Eudocia contrajo matrimonio con Alcides Fajardo, y como fruto de esa unión vinieron varios hijos, Campo Elías, Lucila Rosa, Ida Ana, Cruz Edmundo, José Alcides, María Ninfa, Juan Antonio, Luis Antonio y Ana Graciela. La madre de éstos, Eudocia, falleció el 24 de noviembre de 1906.

Así las cosas, el doctor Valentín Piñeres Andrade en nombre y representación de los hijos de esta señora y de su cón-

yuge supérstite, estableció demanda contra los poseedores de la herencia de Manuel Márquez y Carmen Mesa, señores Pedro Ignacio Uribe, Adán Bravo —derecho-habientes de varios herederos—Ernesto Guerrero, Víctor Ramón Márquez, Ricardo Márquez, Melquíades Márquez, Rosario Márquez, Juana de Dios Márquez de Aussant, Berta Fortunato, Benjamín Fortunato y Francisco Fortunato, "para que previo trámite ordinario y en sentencia definitiva se declare que los herederos de Eudocia Márquez de Fajardo tienen derecho a que se les restituya cuota hereditaria que a ésta debió corersponderle en la partición de los bienes de sus padres Manuel Márquez y Carmen Mesa de Márquez, y en consecuencia, se les adjudique a mis mandantes y a todos los demás coherederos que con ellos se hagan parte en este juicio los bienes correspondientes, menos al señor Alcídes Fajardo, cónyuge supérstite quien tiene derecho a que su porción conyugal, y así lo pido se declare por usted y se le haga la adjudicación del caso".

Los demandados descorrieron el traslado que oportunamente se les dio, y al oponerse a que se hicieran las declaraciones del libelo, alegaron como razón principal, que los hijos de Eudocia no tienen la acción de petición de herencia instaurada, en razón de que tal señora, como hija natural de Carmen Mesa, no tenía ni trasmitió a sus herederos vocación ninguna a la herencia de su madre por haber dejado la Mesa a la época de su fallecimiento hijos legítimos, quienes de acuerdo con la ley vigente en ese entonces llevaban la totalidad de los haberes herenciales. El demandado Pedro Ignacio Uribe propuso como excepciones, las de "ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes", "falta de acción de los mismos", "prescripción del derecho y de la acción", y toda otra excepción innominada que apareciere probada de autos.

Sentencias de primero y segundo grado

Agotado el trámite de la primera instancia el juez del conocimiento le puso fin con su sentencia fechada el nueve de octubre de mil novecientos treinta y siete, y resolvió:

"Declárase que la señora Eudocia Márquez o Mesa de Fajardo no es hija legítima de los cónyuges Manuel Márquez y Carmen Mesa de Márquez, ni heredera abintestato en la doble sucesión de Manuel Márquez y Carmen Mesa de Márquez, y, por consiguiente, los demandantes Alcídes Fajardo, Campo Elías Fajardo, Lucila Rosa Fajardo v. de Gómez e Ida Anita Fajardo, el primero en su condición de cónyuge y los demás como hijos legítimos de Eudocia de Fajardo, o sus cesionarios, no tienen derecho a que se les declare como herederos en representación de Eudocia de Fajardo en la doble sucesión de Manuel Márquez y Carmen Mesa de Márquez, y consecuencialmente, a que se les restituya ningún bien de dicha sucesión"

Como el anterior proveído no conformara a la parte demandante, subieron los autos al Tribunal Superior de Pamplona, entidad que conformó la decisión del inferior en sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, sin hacer condena en costas. Esta sentencia, a virtud del recurso extraordinario de casación legalmente concedido ha venido al estudio de la Corte, como ha recibido el trámite que corresponde y la actuación se halla debidamente preparada, nada impide el pronunciamiento, entra la Sala a resolver, para lo cual se considera:

Fundamentos de la sentencia acusada

Luego de considerar el Tribunal, que el derecho invocado por los demandantes finca en que la madre de éstos fue hija legítima de Manuel Márquez y Carmen Mesa, dice la Sala sentenciadora, que para demostrar el estado notorio de matrimonio se trajo copia de las declaraciones recibidas sobre este punto en el juicio de sucesión de los esposos Márquez-Mesa, de las cuales resulta que los deponentes no determinaron la fecha de ese matrimonio, desde cuando conocieron a los esposos como casados, y en forma, que no dan base cierta para considerar que los causantes aquellos, ya casados, hubieran tenido como hija a la citada Eudocia, tanto más cuanto que la partida de origen eclesiástico traída al proceso evidencia todo lo contrario, pues dicha pieza informa que la presunta hija legítima, fue bautizada como hija natural de Carmen Mesa el 26 de diciembre de 1870, estado civil éste aceptado tácitamente por la propia Eudocia, y que fue siempre el señalado por sus hermanos y parientes en todas sus actividades judiciales.

Mas como se trajera a los autos copia de una certificación de origen eclesiástico extendida cincuenta y siete años después del nacimiento de Eudocia — 26 de

agosto de 1927 — que contraría el estado civil declarado en la partida sentada primitivamente — la del año de 1870 — y de la cual resulta que la expresada señora fue bautizada como hija legítima del matrimonio Márquez-Mesa, el Tribunal al estudiar estos dos elementos probatorios expresa: "En la partida principal se dice que Eudocia es hija natural y en la supletoria que es legítima. La existencia de ésta no tiene explicación, ni se ha tratado de dársela ya fuera para corregir la principal, o por incuria del párroco o autoridad eclesiástica que no averiguó la existencia de la partida principal, en presencia de la cual era absolutamente inútil extender una partida supletoria".

"No por haber presentado extemporáneamente la contestación de la demanda junto con la partida principal, hecho en el cual se ha fundado su rechazo, se puede desestimar para darle valor a la supletoria; ello implicaría el absurdo de suplantar la verdad.

"No se ha tratado de probar que la partida principal sea falsa o equivocada, y en cuanto a su falta de estimación legal, el juzgador debe expresar si tiene valor conforme a su conciencia (artículo 553 del C. de P. C. antiguo, 472 y 601 del nuevo). En este caso, es ese valor evidente y tanto más incontrovertible si los testigos de la partida supletoria dijeron más tarde que Eudocia era hija natural de Carmen Mesa (cuaderno 2, folio 213 vto., 214 y 217).

"....

"No habiéndose establecido la filiación legítima de la madre de los demandantes, no es el caso de estudiar la prescripción alegada".

Con esas consideraciones el Tribunal confirma la sentencia del Juzgado, declarando en consecuencia que Eudocia Márquez o Mesa de Fajardo no es hija legítima de los cónyuges Márquez-Mesa, y que, por consiguiente, los demandantes no tienen derecho a que se les declare herederos en representación de Eudocia en la sucesión doble que se ha venido viendo.

El recurso

La parte recurrente, que es la demandante, acusa la sentencia del Tribunal, e invoca como causales la primera y la segunda de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial. La primera, "por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea; y la segunda, por no estar la sentencia en consonancia con las peticiones de la demanda, es decir, por incongreucia". Como disposiciones violadas señala las de los artículos 392, 393, 401, 597, 475, 593, 630, 631, 632, 601, 693, 694, 697, 653, 698, 396, 398, 395, 1887, 346 y 347 del Código Civil; 3º y 16 de la Ley 153 de 1887; 704, 398, 226, 593, 597, 630 y 636 del Código Judicial; y 22 de la Ley 57 de 1887.

Los cargos

Una larga exposición de circunstancias, antecedentes, modos y hechos, relacionados todos con la controversia de autos, forman el contenido de la demanda de casación; sin embargo, extractando, entiende la Corte que el empeño de la parte recurrente reduce a formular al fallo del Tribunal estos cargos:

Primer cargo. La demanda tiende a que se declare que los herederos hijos de Eudocia tienen derecho a que se les restituya la parte o cuota de bienes que debió corresponderle a su madre en la partición de la herencia de sus padres en su condición de hija legítima de ellos. Como el fallo del Tribunal no limitara a negar la declaración solicitada, sino que antes bien llegó a resolver que la expresada Eudocia no es hija legítima del matrimonio Márquez-Mesa ni heredera abintestato, esta resulta **ultra-petita,** "porque el juez saliéndose del ámbito del debate hizo una declaración que no se le había pedido, y en forma tal, que los efectos de la declaratoria vienen a ser **erga-omnes, no res inter alios acta,** porque el juez decide concretamente sobre el estado civil de Eudocia declarando que no es hija legítima. Por este aspecto se señalan como violados los artículos 401, 340 y 347 del C. C. y 471 del C. J.

Segundo cargo. El matrimonio de Manuel Márquez y Carmen Mesa se halla establecido en autos con prueba supletoria completa y como ocurrido antes del nacimiento de Eudocia. Siendo así, "y por cuanto el Tribunal apartándose de lo que evidencian estos elementos probatorios dejó de dar como probado el hecho de que Eudocia nacida dentro del matrimonio de sus padres fue hija legítima de éstos, y negó a sus representantes el derecho a la herencia que reclaman, violó los artículos 593, 630, 631, 632 del C. J., 395, 396, 398, 399 del C. C., y el 22 de la Ley 57 de 1887.

Tercer cargo. Como el Tribunal toma co-

mo prueba principal de la filiación de Eudocia "una partida agregada al proceso ilegal y extemporáneamente de fecha 26 de diciembre de 1870, en la que aparece, sin que el hecho pueda darse por probado en el debate, que Eudocia Márquez fue bautizada como hija natural de María del Carmen Mesa, desechando con la estimación de esta partida, la de bautismo de la misma Eudocia Márquez como hija legítima de Manuel Márquez y Carmen Mesá asentada el 26 de agosto de 1927 por el párroco de Santa Ana de Ocaña, documento éste que no se ha redargüido de falso o apócrifo, y cuya pureza y autenticidad no ha sido tampoco objetada en forma alguna, ni se ha dado la prueba de que realmente no se haya otorgado o de que haya sido alterada, se han infringido los artículos 226, 593, 597, 630 y 636 del C. J. vigente, que señalan los plazos y las formalidades que deben ser observados para hacer valer todo género de pruebas, se infringen consecuencialmente, los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 346 y 347 del C. C., por haberlos aplicado mal respecto de una partida de fuente eclesiástica que no podía ser apreciada en el debate".

PRIMER CARGO. Incongruencia entre la demanda y la sentencia

La única petición de la demanda persigue la declaración de "que los herederos de Eudocia Márquez de Fajardo tienen derecho a que se les restituya la cuota hereditaria que a ésta debió corresponder en la partición de los bienes de sus padres Manuel Márquez y Carmen Mesa". La sentencia del juzgado, confirmada en todas sus partes por la del Tribunal, declara, "que la señora Eudocia Márquez o Mesa de Fajardo no es hija legítima de los cónyuges Manuel Márquez y Carmen Mesa ni heredera abintestato en la doble sucesión de éstos, y por tanto, los demandantes no tienen derecho a que se les declare herederos como herederos en representación de Eudocia de Fajardo en la doble sucesión Márquez-Mesa, y consecuencialmente, a que se les restituya ningún bien de esa sucesión".

La acción de petición de herencia, completamente independiente de las diligencias propias del juicio de sucesión, también lo es de la que se encamine a obtener una determinada filiación o estado civil; es, simplemente, la que corresponde al que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, para que se le adjudique la herencia y se le restituyen las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales de que el difunto era dueño o simple tenedor (artículo 1321 del C. C.) Esta acción, lo tiene repetido la Corte, "finca en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro, derecho que dimana del carácter de heredero que comprueba como prevaleciente sobre esta misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios". (Jurisprudencia de la Corte, Tomo 3º, Nº 2983).

Quien ejercita acción de esta clase ha de demostrar, y como hecho principal, especialmente si se trata de una sucesión intestada, su estado civil en relación con el causante de la herencia disputada a fin de que la justicia determine, si a virtud de la vocación herencial que alega tiene prioridad, igualdad o algún derecho sobre los bienes de la sucesión poseídos por otros en su condición reconocida de heredero. Si el demandante demuestra su condición de heredero y esta condición demostrada, le da derecho a la totalidad o a parte de la herencia, ha de triunfar en su intención; más si no demostrare esta condición, o si la demostrada, no le da, según las reglas de la sucesión, derecho alguno a la herencia, la sentencia tiene que ser absolutoria, pero sin que sea lícito al juzgador pronunciarse sobre estado civil cuando no sea esta también finalidad precisa o punto suplicado dentro del juicio sobre petición de herencia, porque puede suceder, ciertamente, que al mismo tiempo se controvierta bajo la misma cuerda esta calidad. Sólo entonces, y por esa razón, puede fallarse sobre esa calidad o estado; porque esa ha sido la intención también del pleito.

En el presente caso no se ha demandado declaración alguna sobre estado civil, ese no ha sido el objeto del pleito, y como la sentencia del Tribunal se pronuncia sobre este punto, ha fallado **ultra-petita,** sucediéndose en consecuencia clara incongruencia entre la demanda y la sentencia. "Las sentencias, es doctrina sentada por la Corte, se deben limitar a las peticiones, que serán las que condicionan los poderes del juez y determinan los límites y el contenido de los distintos actos de protección jurídica". (G. J. número 1937, Pág. 615).

Pero hay algo más, en acuerdo con lo dispuesto por el artículo 401 del C. C. "El fallo judicial que declare verdadera o fal-

sa la legitimidad del hijo no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sin respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea". Sucedería, pues, que habiéndose dictado fallo sobre cuestión relativa al estado civil de Eudocia, la presunción de cosa juzgada sería eficaz contra terceros que no han venido al juicio, porque como lo advierten Planiol y Ripert, "Cuando se ha fallado sobre el estado civil de una persona aunque sea en pleito con dos personas solamente, es preciso so pena de urgente efecto concederle a esta declaración un valor absoluto", y agrega: "Un estado es o no es, si existe es imposible aplicarlo solamente en relación con un número limitado de personas".

Si el Tribunal no halló demostrada en el proceso la filiación legítima de la madre de los demandantes alegada por ellos como razón o causa de la demanda, su misión quedaba limitada a absolver a los demandados de la acción de petición de herencia (artículo 471 del C. J.) sin hacer declaraciones no pedidas, extrañas al punto concreto de la litis; así la cosa juzgada podría invocarse contra los individualmente vencidos en la acción real, más no contra toda persona que quisiera discutir o establecer en pertinente debate la filiación legítima no lograda demostrar debidamente por estos demandantes, en juicio que no tenía precisamente tal finalidad, y en donde esta condición fue alegada como razón o hecho simplemente. El imperio del fallo del Tribunal en cuanto hace declaración de estado cerraría la puerta a toda otra controversia sobre este mismo hecho. Por eso, advierte la Corte, puede afirmarse, que el principio de que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas, y que no perjudican sino a los que litigaron y a sus derecho-habientes, sufren como excepción los casos en que el fallo profiera declaración de estado (artículos 401, 1303 del C. C.). Comprobado el cargo que se estudia —incongruencia entre la petición y el fallo— adelante se verán los efectos que comporta esta situación en relación con la sentencia acusada en casación.

SEGUNDO CASO. **Matrimonio de Manuel Márquez y Carmen Mesa anterior al nacimiento de Eudocia.**

La partida de matrimonio de Manuel Márquez y Carmen Mesa no fue presentada en el juicio de liquidación de aquellos haberes herenciales ni tampoco se ha aducido en este de acción real de petición de herencia; en aquel juicio de sucesión doble que tuvo su trámite en Ocaña para establecer el matrimonio en relación, se acudió a prueba supletoria, y es precisamente de este hecho y de la calidad de hija legítima de Eudocia, de donde los demandantes deducen el derecho que invocan de la justicia en este pleito.

El cargo que se estudia lo fundamenta el recurrente en estas consideraciones: "Con varios certificados del cura párroco de Santa Ana de Ocaña, residencia de los esposos Márquez-Mesa, se acreditó, precisamente por los actuales demandados la falta de la partida de matrimonio de dichos esposos, en las diligencias o actuación correspondiente al juicio de éstos y que tuvo su trámite en el Circuito de Ocaña. Es, pues, agrega la parte recurrente, "ese matrimonio un hecho incontrovertible, plenamente establecido y reconocido judicialmente no sólo por el juez que sentenció la primera instancia de este juicio sino por los demandados y el mismo Tribunal".

La Sala sentenciadora del Tribunal atemperó su decisión a esta apreciación: "Para demostrar el estado notorio del matrimonio se trajo copia de las declaraciones recibidas sobre ello del juicio de sucesión de los esposos Márquez-Mesa. Pero estos testimonios no determinan fecha. No saben desde cuándo los conocieron como casados, cuestión principal en este juicio pues la madre de los demandantes nació en septiembre de 1870 y aparece la partida como hija natural de Carmen Mesa".

La Ley 57 de 1887 consagró la validez del matrimonio católico en cuanto a sus resultados civiles y políticos, todo con efecto retroactivo tal como quedó luégo precisado en el artículo 50 de la Ley 153 de 1887. Vino luégo la ley 37 de 1888 y en su artículo 19 dispuso: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como los que se refieren a la validez de los esponsales. Los actos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil". La Constitución de 1886 ya había dispuesto, artículo 38, que, "Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas y los

consiguientes derechos y deberes". La autoridad civil conoce, pues, no solamente acerca de la validez o nulidad de los matrimonios civiles, sino también de las consecuencias o efectos civiles que se derivan del matrimonio católico y tienen plena jurisdicción para regular tales efectos civiles del matrimonio religioso.

Efectivamente, en el juicio de sucesión de los esposos Márquez-Mesa, juicio en el cual, se repite, no se hizo parte Eudocia, madre de los demandantes, tal vez porque su condición de hija natural declarada en la partida de bautismo no le daba derecho alguno a la herencia de su madre, se estableció con prueba supletoria el matrimonio de los causantes, pero, para o desde, una fecha incierta, pues, el auto del juez de la sucesión al fijar el estado civil de casados de Márquez y la Mesa, dijo simplemente que con las declaraciones de Florentino Rendón, Cayetano Bayona, Nerea Carreño, Dolores Serrano, Petrona Barbosa y del Presbítero Barbosa, "se estableció la posesión notoria del estado civil de casados de Manuel Márquez y Carmen Mesa"; y así tenía que ser porque ninguno de los declarantes dijo haber presenciado el acto del matrimonio; al dar su testimonio en el año de 1919, dijeron que les constaba que los citados señores "se trataron por más de diez años continuos como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales".

Ahora: si de otro lado resulta que Márquez falleció en el año de 1894 y Carmen en el año de 1904, la vida de casados a la cual se refieren los testigos tuvo necesariamente que llevarse de 1904 para atrás; si la tuvieron no diez años sino veinte, el dicho de los testigos podría abarcar a 1874, mas de ahí a considerar que ese estado recoge precisamente el día del nacimiento de Eudocia, año de 1870, sería darle o concederle una amplitud ilimitada a las declaraciones, tanto más, cuanto que la partida de nacimiento de esa señora se encarga de afirmar que a la época de su nacimiento, sus padres no estaban unidos por el vínculo matrimonial, tal como lo indica la partida de su bautismo, y como lo declaran luégo, precisamente, los testigos que oyó el señor cura de Ocaña cuando en el año de 1927 certificó que la niña Carmen había sido bautizada como hija legítima, pues de una vez, bueno es advertirlo, estos señores, rectifican, contradicen o infirman su declaración rendida ante el cura de la parroquia de Ocaña en 1927; dos años después, aquellos mismos declarantes, refiriéndose a Carmen Mesa, dicen "que antes de casarse con el padre de la peticionaria señor Manuel Márquez tuvo una hija natural llamada Eudocia siendo la misma Eudocia que fue casada con Alcides Fajardo".

Claro que si en fallo judicial se hubiese declarado que dentro del matrimonio Márquez-Mesa se había sucedido el nacimiento de Eudocia, esta declaración sería intocable, fundaría cosa juzgada y habría que estarse precisamente a esa determinación. Pero es que resulta todo lo contrario, no ha habido fallo judicial que declare que Eudocia es hija legítima del matrimonio de sus padres; ni estos autos ni los del juicio de sucesión autorizarían esta afirmación. Si en este último juicio se dio por probado el hecho del matrimonio Márquez-Mesa lo fue para la época del nacimiento de los hijos cuya partida de bautismo los señala como legítimos sin equivocación alguna. Siendo así, como en realidad lo es, mal podía el Tribunal haber dado por establecido el matrimonio de los padres de Eudocia para la fecha de su nacimiento. Como el cargo se funda en la afirmación contraria, debe rechazarse en consecuencia.

TERCER CARGO. La partida de bautizo de Eudocia.

En el Libro de Bautismos del archivo parroquial de Santa Ana de Ocaña, figura una partida o acta en la cual se dice que Eudocia Márquez, hija natural de Carmen Mesa, nacida el 28 de septiembre de 1870, fue bautizada el 16 de diciembre siguiente y que sus padrinos fueron el presbítero Luis García y María de Jesús Peinado. Afirman los demandantes que Eudocia nació del matrimonio de sus padres, que no fue por tanto hija natural de Carmen Mesa tal como lo anota el acta bautismal, y en prueba de su aserto, presentan un certificado del señor cura de la misma parroquia de Ocaña, del cual resulta que el expresado sacerdote, oído el testimonio jurado de Cupertino Sánchez y Valois Criado y por delegación del ilustrísimo señor Obispo de Santa Marta, sentó en el libro de pruebas supletorias de bautismo llevado en su despacho, en el año de 1927, un certificado, en el cual, dice, da fe de que en el día 26 de diciembre de 1870 fue bautizada la expresada Eudocia como hija legítima de Manuel Márquez y Carmen Mesa. Se considera:

El registro eclesiástico llevado por los párrocos, consta, entre otros libros, del correspondiente a los bautismos. Las partidas sentadas en el libro tienen el valor da una de las sesiones de cualquiera junde documentos públicos eclesiásticos según el derecho canónico y por mandato de de la ley civil (artículo 22 de la Ley 57 de 1887). La Ley asimila estas partidas eclesiásticas a instrumentos públicos.

El instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados (artículo 1759 del C. C.). En otros términos, hace fe plena en cuanto a los hechos cumplidos por el funcionario que instrumenta o que ha presenciado, mas no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados; y el cura párroco es considerado como funcionario público cuando autoriza actas de estado civil que dan fe de actos pasados ante él en su calidad de oficial público del estado civil, según delegación que el Estado le hizo por medio del citado artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

Ya se dijo, que como pruebas relativas al estado civil de Eudocia, madre de los demandantes, obran en el informativo dos documentos, la partida de bautismo extendida por el párroco de Ocaña en el Libro correspondiente en el año de 1870 (folio 99 del Cuad. Nº 4), y la certificación del cura del mismo lugar extendida ya en el año de 1927 (folio 14 del Cuad. Nº 1), de la cual resulta que oído el testimonio de dos individuos da fe el señor cura y por delegación del Obispo de Santa Marta, que en el año de 1870 fue bautizada Eudocia como hija legítima de Manuel Márquez y Carmen Mesa y no como hija natural de la Mesa, como quedó declarado en la partida primitiva. Corresponde, pues, determinar, si la partida de bautismo de Eudocia como hija natural de Carmen Mesa sentada en el libro parroquial de Ocaña el 26 de diciembre de 1870, prima o no sobre la constancia dejada en el libro de pruebas supletorias del año de 1927, sucrita por el señor cura y por dos oficiosos declarantes, de la cual resulta, únicamente, que los deponentes firmantes informaron al cura del lugar, que Eudocia fue bautizada como hija legítima del matrimonio Márquez-Mesa, y que el sacerdote que recibió estas declaraciones, por delegación del señor Obispo de Santa Marta, da fe de esta declaración que hicieran los testigos.

No se está diciendo que la calidad de legítimo o natural del bautizado consista en la afirmación que al respecto se haga en el acta de bautismo, puesto que apenas habrá para que decir que aquella calidad surge del matrimonio de sus padres anterior al nacimiento o al menos, en su caso, a la concepción. Pero en el presente caso, dado la antedicho sobre el modo de acreditarse el matrimonio por entre las dos partidas de bautismo y la forma de llegarse a ellas, sobre singular importancia la confrontación entre éstas.

El artículo 632 del C. de P. C., menciona entre los instrumentos auténticos "las certificaciones de quienes lleven el registro de estado civil de las personas, dadas con inserción de las **actas** correspondientes". Es decir, que el documento auténtico no es la certificación del párroco sino el acta o partida principal del estado civil, autorizada por el mismo párroco que presenció el hecho constitutivo de tal estado en ejercicio de sus funciones eclesiásticas. Y ha de ser así, porque según lo expresa Gallinal, el valor probatorio del acto público reposa sobre una noble suposición:

"1º Que el acto, el cual constituye la prueba, sea realmente la obra genuina de la persona capaz de instrumentar que firma;

"2º Que la atestiguación de esta persona, en el ejercicio de sus funciones, sea verdadera, es decir, conforme a la verdad.

"Ahora bien: estas dos hipótesis no son, por sí mismas, absolutamente ciertas. Pero interviene el legislador positivo disponiendo que el acto público hace plena fe, y por lo tanto, la atestación de la persona capaz de instrumentar, emergente del acto, constituye una prueba legal, plena, una **probatio probata**, y su valor, preventivamente determinado por la ley es absoluto....."

Dedúcese de aquí que el cura párroco es considerado como funcionario público, pero cuando autoriza actas del estado civil que dan fe de actos pasados ante su calidad de oficiales públicos del estado civil, según la propia letra del artículo 22 de la Ley 57 de 1887.

Y para el caso al estudio se contraponen, se repite, dos documentos, una verdadera partida, sentada en el año de 1870, y la certificación de haberse oído cincuenta y siete años después, dos decla-

rantes sobre puntos relacionados con el acta que reza esa misma partida.

Según el diccionario de Escriche, ACTA, "es la relación por escrito que contiene las deliberaciones y acuerdos de cata o cuerpo", y en sentido extricto, relativamente al concepto de PARTIDA, con que la ley lo identifica, es según el propio autor "El asiento que queda en los libros de las iglesias parroquiales de haberse hecho el bautismo, confirmación, matrimonio o entierro; y la copia autorizada que se saca de ellos".

La partida sentada en el año de 1870 y presentada en copia, reúne las condiciones que le dan su peculiaridad, aparece la firma de la persona que autorizándola presenció y autorizó el acto del bautismo; es pues un documento áuténtico y el único de origen eclesiástico apto a demostrar la realidad del hecho en si mismo considerado, y aunque presentado inoportunamente en la primera instancia, su mérito probatorio en la segunda es indiscutible (artículo 598 del C. J.). El otro documento, no prueba siquiera el hecho del bautismo de Eudocia; demostrará a lo más que los deponentes de que habla el cura párroco hicieron a éste la relación que indica el acta que para este fin sentó el mismo párroco en el libro de pruebas supletorias, mas sin que la inscripción allí, aisladamente, dé a la certificación el valor de prueba tal, porque la prueba supletoria fundada en testimonios ha de crearse al tenor de las disposiciones legales y recibirse ante funcionarios competentes, y es apenas elemental, que los párrocos no están investidos de estas funciones propias y únicas de las autoridades judiciales. La misión de los párrocos, por lo que hace a las partidas de estado civil, se limita a crear o a hacer las actas en su condición de funcionarios públicos para estos efectos, pero teniendo en cuenta los hechos que presencien o pasen ante ellos; no pueden crear para efectos civiles, actas, partidas o pruebas supletorias en relación con nacimientos, bautismos, matrimonios o defunciones no pasados ante ellos. Esta es misión única de los jueces laicos, porque así lo ha prescrito el Código Civil y toda la ley concordataria.

La certificación del señor cura de Ocaña, sentada en el año de 1927 en el libro de pruebas supletorias, no tiene, pues, valor probatorio suficiente a desvirtuar la verdadera partida del año de 1870, principalmente, porque existiendo la prueba principal no redargüída de falsa, ni tachada en forma alguna, no se admite, no puede admitirse ninguna otra comprobación de ese estado civil; porque en el supuesto de que no existiera la prueba principal, a tal certificación creada unilateralmente y sin audiencia de ningún posible contradictor, no podría en ningún caso dársele el valor supletorio que se pretende por no haber sido levantada ante los jueces con observancia de las fórmulas propias de cada juicio; finalmente, porque los párrocos podrán apenas enmendar los errores o equivocaciones de las partidas sentadas en los libros principales de sus despachos, pero a virtud de sentencias dictadas por la Curia, y aquí no hubo proceso eclesiástico ni sentencia alguna sino una simple delegación del Obispo de Santa Marta para oír unas declaraciones, según lo afirma el mismo señor cura autor del certificado del año de 1927.

Pero hay algo más: suponiendo que no existiera la partida principal y que el certificado presentado como prueba supletoria fuese perfecto en su formación externa, y que el único dato relacionado con el estado civil de Eudocia lo diera este documento, habría que negarle todo valor probatorio, por cuanto los testigos Valois Criado y Cupertino Sánchez que oyó el señor cura en el año de 1927, dos años después, en declaración también jurada, dijeron, que cuando Márquez y la Mesa contrajeron matrimonio había ya nacido la niña Eudocia. Expusieron los testigos, ante el juez civil, que les constaba que Carmen Mesa "tuvo una hija natural antes de casarse con Manuel Márquez cuya hija fue llamada Eudocia, la misma Eudocia que fue casada con el señor Alcides Fajardo". Esta última actividad de los testigos hace completamente nugatorio lo declarado por ellos ante el señor cura de Ocaña y que fue la base de la certificación que hoy se aduce para demostrar que la tan citada Eudocia fue bautizada como hija legítima del matrimonio Márquez-Mesa.

En estas circunstancias, y no habiendo sido posible al Tribunal apreciar la certificación del señor cura con valor probatorio más hábil de que emana de la partida principal sentada en el año de 1870, se imponía como consecuencia reconocer que no se hallaba probada en autos la calidad de hija legítima de Eudocia alegada por los demandantes como fundamento de la acción de petición de herencia. Es, por tanto, infundado este otro cargo.

Al estudiar el primer cargo, "Incongruencia entre la súplica de la demanda y la sentencia", y por cuanto el Tribunal falló sobre el estado civil de Eudocia, resolviendo que no era hija legítima de Carmen Mesa ni heredera abintestato de ésta, siendo que estos puntos no eran materia de la **litis contestatio** sino que apenas se indicaron como razón a causa de la acción real de petición de herencia, se dijo y explicó por qué era fundada la acusación hecha al fallo fundada en tal motivo. La consecuencia o efecto y camino a seguir por la Corte no es otro, que **casar** parcialmente la sentencia del Tribunal, para en su lugar proferir resolución que conforme con la sujeta materia de la acción, resolver simplemente sobre la demanda de petición de herencia, que como se vio, no está llamada a prosperar por no haber demostrado la parte actora uno de los principales extremos de la acción.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, proferida en este pleito, y previa REFORMA de la proferida por el Juzgado de primera instancia, ABSUELVE a los demandados de los cargos hechos por la parte actora.

No se hace especial condenación en costas.

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

Liborio Escallón. — Daniel Anzola.— Isaías Cepeda. — Ricardo Hiniestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón. Secretario en ppd.

PETICION DE HERENCIA

La acción de petición de herencia que es la vía conducente para el ejercicio del derecho real de herencia, es completamente diferente de la reivindicatoria o de dominio y se gobierna por disposiciones distintas de la ley sustantiva. Aquella no puede dirigirse sino contra la persona que esté ocupando la herencia en calidad de heredero, de tal modo que es improcedente dirigirla contra quien posee, aunque sea indebidamente, una cosa determinada por haberla adquirido por un título distinto del de heredero, como compraventa, donación, etc. El poseedor vencido en el juicio de petición de herencia debe restituír todas las cosas hereditarias que conserva en su poder, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al *de cujus*, sino los aumentos que haya tenido la herencia. En relación con las cosas que no ocupa o que no están en su poder por haberlas enajenado, destruído o deteriorado, la orden de restitución no es procedente y la obligación del demandado sufre la transformación señalada en el artículo 1324 del C. C. Cuando el que arrogándose la calidad de heredero ha ocupado indebidamente la herencia y enajenado a otras personas las cosas hereditarias, puede el heredero hacer uso de la acción reivindicatoria en razón de estas cosas si son reivindicables y contra los terceros que no las hayan adquirido por prescripción, según el artículo 1325 del C. C., pero no es posible obtener la restitución de esas cosas con la simple acción de petición de herencia. Respecto de las cosas hereditarias que el heredero demandado y vencido en el juicio no conserva en su poder por haberlas enajenado o por haberse deteriorado, es preciso distinguir si eran poseídas de buena o de mala fe, porque en el primer caso solamente será responsable de las enajenaciones o deterioros en cuanto lo hayan hecho más rico, y en el segundo, de todo su importe, aunque no se haya enriquecido con ellos. (Art. 1324, C. C.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre dieciséis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado del Circuito de Sevilla, en libelo de fecha 12 de marzo de 1936, Isaac Bucheli, en su propio nombre, demandó por la vía ordinaria en acción de petición de herencia a Concepción Buitrago v. de Hernández, para que en la sentencia definitiva se declare:

"a) Que por ministerio de la ley, la niña Concepción Bucheli Hernández tenía derecho a la herencia de su madre, señora Concepción Hernández de Bucheli;

"b) Que por haber muerto dicha niña antes de aceptar esa herencia, trasmitió al suscrito, su legítimo padre, el derecho de aceptar la herencia de su citada madre;

"c) Que en consecuencia, y por cuanto el expresado Isaac Bucheli C. —el suscrito— acepta expresamente la herencia que le trasmitió Concepción Bucheli Hernández, como heredera de Concepción Hernández de Bucheli, el mismo señor Bucheli es heredero a título universal de ésta y tiene mejor derecho que la demandada a la herencia de la precitada Concepción Hernández de Buchelli;

"d) Que Isaac Bucheli C. tiene derecho a que se le adjudique la herencia que dejó la señora Concepción Hernández de Bucheli, y, al efecto, se le adjudique dicha herencia;

"e) Que la demandada, señora María Concepción Buitrago v. de Hernández, está obligada a restituír, dentro de tercero día, al señor Isaac Bucheli C., todos los bienes, inclusive sus respectivos aumentos, que constituyen la herencia de la causante, entre ellos, el lote número 3º de la finca de La Iberia, ubicada en el municipio de Sevilla, que le fue adjudicada a la dicha causante en la mortuoria de don Benjamín Hernández, y que está compuesto de platanera, cafetal y pasto común, con una cabida de ocho fanegadas y 240 varas cuadradas y alinderado así:...

"f) Que la misma demandada está obligada a restituír al expresado demandante los frutos naturales y civiles de dichos bienes en los términos del artículo 964 del C. C., como poseedora de ellos de mala fe, y

"g) Que la demandada debe pagar las costas del presente juicio".

De los hechos fundamentales de la demanda se mencionan los pertinentes, compendiándolos:

Concepción Hernández Buitrago, hija de Concepción Buitrago y Benjamín Hernández, que como legitimaria de su padre adquirió el lote 3º de La Iberia a que se refiere la demanda, contrajo matrimonio con Isaac Bucheli, del cual nació Concepción Bucheli Hernández. En el año de 1931 falleció la esposa del actor, Concepción Hernández de Bucheli, y hacia el final de este año, ocho meses después, murió la hija Concepción Bucheli Hernández. La demandada Concepción Buitrago v. de Hernández, suegra del demandante, a sabiendas de que Concepción Bucheli Hernández, su nieta, había sobrevivido a su madre, y que su padre, por derecho de trasmisión podía aceptar su herencia a título de heredero como ascendiente más próximo, inició el juicio de sucesión de su hija ante el Juzgado del Circuito de Sevilla y en él se hizo declarar heredera y adjudicar como a tal sus bienes herenciales.

Con apoyo en estos hechos, y expresando que acepta con beneficio de inventario la herencia que le trasmitió su hija, ha iniciado esta acción real Isaac Bucheli en la forma ya vista.

La primera instancia del juicio finalizó con la sentencia de fecha 12 de abril de 1939 en que el Juzgado del Circuito de Sevilla falló al tenor de las súplicas de la demanda, así:

"a) La niña Concepción Bucheli Hernández tenía derecho a la herencia de su madre Concepción Hernández de Bucheli.

"b) Por muerte de la niña Concepción Bucheli Hernández antes de aceptar la herencia de su madre Concepción Hernández de Bucheli trasmitió a Isaac Bucheli el derecho de aceptar dicha herenrencia.

"c) Por aceptación que con beneficio de inventario hizo Isaac Bucheli, se le adjudica la herencia de Concepción Hernández de Bucheli.

"d) La demandada señora Concepción Buitrago v. de Hernández está obligada a los tres días de la ejecutoria de este fallo a entregar al señor Isaac Bucheli el lote número 3 de la finca denominada La Iberia por los linderos especificados en la hijuela de adjudicación.

"e) Se ordena la cancelación del registro del auto por el cual se dio la posesión efectiva de la herencia a la señora Concepción Buitrago v. de Hernández.

"f) Se ordena la inscripción de este fallo en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados y la protocolización del presente juicio en la Notaría de este Circuito.

g) No se accede a lo demás solicitado.

Sentencia acusada.

El recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la demandada contra el fallo del Juzgado dio lugar a la segunda instancia que se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y que terminó con la sentencia definitiva del 6 de marzo del año que corre confirmatoria completamente de la de primer grado, con la sola adición de la condena en costas.

Esta sentencia, que es la acusada en casación ante la Corte por recurso legalmente interpuesto por la parte demandada, se funda, para confirmar la resolución del Juzgado favorable a las pretensiones del actor, en que de los autos resulta la procedencia de la acción, y de las pruebas aducidas el establecimiento de los hechos fundamentales de la demanda. En efecto: con las pruebas legales adecuadas consistentes en las partidas correspondientes de origen eclesiástico, presentadas en copias auténticas expedidas por el cura párroco, se encuentra demostrado el matrimonio contraído por Isaac Bucheli con Concepción Hernández (3 de abril de 1929); que de ese matrimonio nació una hija bautizada con el nombre de Concepción Bucheli Hernández (9 de marzo de 1931); que Concepción Hernández de Bucheli murió (10 de marzo de 1931); que igualmente falleció la hija Concepción Bucheli Hernández (6 de noviembre de 1931). De la misma manera, con las copias auténticas tomadas del juicio mortuorio de Concepción Hernández Buitrago (de Bucheli), se ha acreditado plenamente que la demandada Concepción Buitrago v. de Hernández fue declarada heredera única en su calidad de madre legítima de la difunta y que en esta condición le fueron adjudicados los bienes herenciales y entregado judicialmente el lote de terreno perteneciente a la finca Iberia, adquirida por la causante en la

sucesión de su padre Benjamín Hernández.

De este acervo de pruebas concluyó el Tribunal que la herencia que por derecho de trasmisión corresponde a Isaac Bucheli se encuentra ocupada por la demandada Buitrago de Hernández en su calidad de heredera, y debe proceder, por tanto, la petición de que se le adjudique la herencia disputada al actor y se le restituyan las cosas hereditarias.

Desechó el Tribunal la oposición que la demandada formuló contra las pretensiones del actor desde la contestación de la demanda, consistente en que no se ha establecido la identidad física de la demandada, de donde ha pretendido Bucheli derivar su derecho, y que se deduce de la circunstancia de que en las partidas eclesiásticas traídas a los autos aparece Concepción unas veces con el apellido Restrepo y otras con el de Hernández y en la demanda con el de Buitrago. Para la sentencia no existe ningún equívoco sobre la identidad de la parte demandada porque la duda a que se ha hecho referencia desaparece completamente en presencia de los testimonios de Abel Rodríguez y Alfredo Agudelo, de las propias declaraciones rendidas por la demandada en posiciones que absolvió y de otros documentos que obran en el proceso, como la partida de defunción de Concepción Hernández en que se dice que fue hija de Benjamín Hernández y Concepción Buitrago.

Por lo que hace a la orden de restitución y entrega del fundo parcial de La Iberia a que la sentencia condena a la demandada, y que ésta atacó en segunda instancia alegando que tal inmueble no se encuentra en su poder por haberlo vendido antes de la demanda a Julia Hernández Olaya como lo acreditó con la copia registrada de la correspondiente escritura pública, consideró el Tribunal que tal condena a restituir y entregar era procedente dentro de la acción de petición de herencia, bien dirigida en este caso contra la demandada, y que esta alegación del apoderado de la demandada Buitrago de Hernández era fruto del error de sostener que la acción de petición de herencia comporta la acción reivindicatoria, cuando estas son dos acciones esencialmente diferentes y regladas por disposiciones distintas.

El recurso

Con fundamento en la primera de las causales de casación que enumera el art. 520 del C. J. acusa el recurrente la sentencia, esto es, por ser violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria. En dos grupos separados se presentan y consideran los cargos de violación legal formulados en la demanda de casación.

a) Violación de los artículos 693 y 697 del C. J. por haber admitido el Tribunal las declaraciones testimoniales de Abel Rodríguez y Alfredo Agudelo, presentadas con la demanda y no ratificadas en el curso del juicio, como pruebas de la relación de parentesco legítimo entre el actor Bucheli y Concepción Bucheli Hernández.

Violación de los artículos 605, 606, 613 del C. J., 347 del C. C. y 22 de la ley 57 de 1887, en que incurrió el sentenciador al admitir como prueba de estado civil la confesión rendida por la demandada en las posiciones que absolvió antes del juicio a solicitud del demandante sobre su matrimonio, nacimiento de su hija, matrimonio de ésta con el actor, y nacimiento de su nieta.

Violación de los artículos 407 y 381 del C. C. por cuanto el Tribunal aceptó como legalmente reformadas algunas partidas de estado civil en relación con el apellido de la demandada, enmendando y salvando un error con base en declaraciones de testigos y con prescindencia de todo fallo judicial. De todo lo cual deduce el recurrente "que el estado civil alegado como origen y fundamento del derecho de herencia que se reclama no está probado", y por consiguiente, la sentencia que lo admitió como establecido violó los artículos 1321 a 1326, 1014 y 1046 del C. C., 85 y 86 de la ley 153 de 1887.

Se considera:

Al sintetizar, en el aparte correspondiente, las razones fundamentales de la sentencia de segundo grado que es materia de acusación, se advirtió que el Tribunal tuvo a su vista y apreciación las pruebas principales de estado civil que forman el folio 24 del cuaderno principal del juicio, consistentes en las certificaciones expedidas con todas las formalidades legales por el cura párroco de Sevilla (Valle), con inserción de las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, y de las cuales dedujo la plena comprobación del matrimonio contraído por Isaac Bucheli y Concepción Hernández el 3 de abril de 1929; del nacimiento de

Concepción, hija de este matrimonio, el 9 de abril de 1929; y de la defunción de estas dos Concepciones, la Hernández el 10 de marzo y la Bucheli el 6 de noviembre del mismo año de 1931. A Concepción Buitrago v. de Hernández, demandada, suegra del actor, se le adjudicaron los bienes herenciales de Concepción Hernández de Bucheli, en su calidad de heredera única como madre legítima.

La fuente herencial común en donde confluyen las dos pretensiones encontradas en esta acción de petición de herencia es la muerte de Concepción Hernández de Bucheli. De aquí arrancan las dos aspiraciones sucesorales; la del actor con fundamento en habérsele tramitado a él el derecho de aceptar la herencia de su hija Concepción Bucheli que murió sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su madre premuerta Concepción Hernández de Bucheli, y la de la demandada, por ser la ascendiente de grado más próximo, en cuya calidad se le declaró heredera y como a tal se le entregaron los bienes relictos.

"El apoderado de la demandada señora Concepción Buitrago v. de Hernández —dice la sentencia— al contestar la demanda negó los hechos fundamentales de ella, o sea, aquellos que se referían a la identidad física de la demandada", apoyándose para asumir esta actitud negativa, que ha sido la sostenida por ella en las instancias del juicio, en que según la partida de matrimonio de Isaac Bucheli y Concepción Hernández se dice que ésta es hija de Benjamín Hernández y Concepción Hernández, y en la partida de bautizo de Concepción Bucheli aparece que su abuela materna no es Concepción Buitrago sino Restrepo. Esta posición defensiva de la demandada, que en realidad equivale a decir "yo no soy yo", carece de toda importancia para el sentenciamiento de este juicio, porque la posible equivocación en que se pudo incurrir sobre el apellido en la primera de las precitadas partidas eclesiásticas no le merma la fe que merece y le corresponde como prueba principal del matrimonio, cualesquiera que hayan sido los padres de la mujer o sus apellidos de la misma manera que en relación con la otra partida, porque con ella se acredita plenamente el nacimiento y bautizo de Concepción Bucheli, cualesquiera que hayan sido sus abuelos o los verdaderos apellidos de éstos o de uno de ellos.

La cuestión cuya verdad interesa establecer para el caso es si la demandada, sea en realidad su apellido Hernández, Restrepo o Buitrago, es la madre de Concepción Hernández de Bucheli, de cuya muerte, como ya se dijo, se originan las pretensiones hereditarias en controversia. Y sobre este particular, para resolver afirmativamente la cuestión, el proceso ofrece abundantes elementos de convicción. En efecto; sin mencionar la prueba principal sobre la identidad personal de la demandada con la suegra del actor, resultante del hecho de haber asumido la defensa del pleito en que aparece acreditado que como madre de Concepción Hernández de Bucheli recogió la herencia de ésta, en el auto en que fue declarada heredera de su hija, según las copias traídas a los autos, se hace referencia, sobre la partida de origen eclesiástica que se cita, a que Concepción Hernández, la muerta, es hija de Benjamín Hernández y Concepción Buitrago. En el acta de la defunción de la señora Hernández de Bucheli se dice también que fue hija de los mismos Benjamín Hernández y Concepción Buitrago y esposa de Isaac Bucheli. Fuera de esto, las exposiciones de los testigos Rodríguez y Agudelo, y las declaraciones de la propia demandada contenidas en las posiciones que absolvió legalmente y en las cuales ella afirma ser cierto que es la viuda de Benjamín Hernández, con quien tuvo una hija llamada Concepción, que fue la esposa de Isaac Bucheli y madre de su nieta Concepción Bucheli Hernández, y que también es verdad que a solicitud suya fue declarada heredera de su hija y se le entregaron sus bienes, no dejan lugar a la menor duda de que se está apenas en presencia de una confusión de apellidos pero en manera alguna de personas. Demostrado inequívocamente el hecho de que la demandada es la madre de quien fue la esposa del actor, como ha sucedido, todo lo demás carece de interés para la decisión.

En estas condiciones, no es exacto ni fundado afirmar que el Tribunal hubiera utilizado las declaraciones testimoniales a que se ha hecho referencia, y de las cuales podría prescindirse sin alterar las conclusiones del fallo, ni las posiciones absueltas por la demandada, como pruebas de ningún estado civil, ni para establecer relaciones de parentesco ninguno, ni para modificar o subsanar actas o partidas de origen eclesiástico sino simple y sencillamente para reducir una identidad personal negada sin ningún fundamento

y en forma confusa por la demandada Buitrago viuda de Hernández.

La circunstancia que le da precedencia a la acción incoada es el hecho incuestionable de que la demandada hubiera ocupado la herencia de Concepción Hernández de Bucheli en calidad de heredera, que es la evidente condición en que ha intervenido en el pleito.

Se rechazan, pues, los cargos de que se ha hecho mérito.

b) Acusa también el recurrente la sentencia por el error de hecho en que incurrió el Tribunal al dejar de apreciar como prueba la escritura pública número 64, otorgada en la Notaría del Circuito de Sevilla (Valle) el 25 de enero de 1936, que obra en autos debidamente registrada, por medio de la cual Concepción Buitrago viuda de Hernández vendió a Julia Hernández Olaya antes de este juicio el lote de terreno perteneciente a la finca La Iberia, a que se refiere la demanda, adquirido por sucesión de su hija Concepción Hernández de Bucheli, error éste que condujo al Tribunal a ordenar la entrega y restitución de este inmueble, en manos de tercero no demandado, como si se tratara de una acción de dominio, con lo cual violó, entre muchas disposiciones que se citan, los artículos 946, 952, 1325 del C. C.

Se considera:

La acción decidida en la sentencia que se acusa es la consagrada en el artículo 1321 del C. C. y que corresponde a quien probase su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, para que se le adjudique la herencia y se les restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc. y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños. "Frente a este precepto legal sustantivo —dice la sentencia— no queda duda de que la acción instaurada por Isaac Bucheli contra la señora María Concepción Buitrago de Hernández está bien dirigida, ya que a ésta se le adjudicó el fundo La Iberia en la sucesión de la señora María Concepción Hernández B."

La acción de petición de herencia, que es la vía conducente para el ejercicio del derecho real de herencia, es completamente diferente de la reivindicatoria o de dominio y se gobiernan por disposiciones distintas de la ley sustantiva. Las características diferenciales de estas acciones fueron anotadas por esta Sala en fallo visible de páginas 153 y siguientes del tomo XIV de la G. J., así: "1º La reivindicatoria se origina en el derecho real de dominio; la de petición se origina en el derecho real de herencia. 2º La reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta: la de petición tiene por objeto una cosa universal con universalidad de derecho, no de hecho. (Hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden reivindicarse). 3º La reivindicatoria corresponde al verdadero dueño contra el que posee una cosa singular que no es suya; la de petición corresponde al legítimo heredero contra el que ocupa indebidamente una herencia diciéndose heredero. 4º La de petición da origen a un juicio en que se discute la calidad de heredero; y 5º La reivindicatoria impone al actor la carga de probar el derecho de propiedad que invoca; la de petición impone al actor la carga de probar su calidad de heredero.

La acción del artículo 1321 del C. C. no puede dirigirse sino contra la persona que esté ocupando la herencia en calidad de heredero, de tal modo que es improcedente dirigirla contra quien posee, aunque sea indebidamente, un bien determinado por haberlo adquirido por un título distinto del de heredero, como por compraventa, donación, etc. El poseedor vencido en el juicio de petición de herencia debe restituír todas las cosas hereditarias que conserva en su poder, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al **de cujus**, sino los aumentos que haya tenido la herencia. En relación con las cosas que no ocupa o que no están en su poder por haberlas enajenado, destruído o deteriorado, la orden de restitución no es procedente y la obligación del demandado sufre la trasformación señalada en el artículo 1324 del C. C. Cuando el que arrogándose la calidad de heredero ha ocupado indebidamente la herencia y enajenado a otras personas las cosas hereditarias, puede el heredero hacer uso de la acción reivindicatoria en razón de estas cosas si son reivindicables y contra los terceros que no las hayan adquirido por prescripción, como lo dispone el artículo 1325 del código citado, pero no es posible obtener la restitución de estas cosas con la simple acción de petición de herencia. "En estos juicios si el demandado, ocupante de la herencia en su condición de heredero declarado, ha enajenado los bienes de ella a un tercero y éste no ha com-

parecido como parte en el juicio de petición de herencia, aun cuando el demandante pruebe su acción o sea su carácter de heredero preferente, no por ello es el caso de acceder a las peticiones de la demanda consistentes en que se condene al demandado a la restitución de los bienes que le fueron adjudicados como heredero..." (J. de la C. S. Tomo III, Nº 2984).

Respecto de las cosas hereditarias que el heredero demandado y vencido en el juicio no conserva en su poder por haberlas enajenado o las que han sufrido deterioro, es preciso distinguir si eran poseídas de buena o de mala fe, porque en el primer caso solamente será responsable de las enajenaciones o deterioros en cuanto lo hayan hecho más rico, y en el segundo, de todo su importe, aunque no se haya enriquecido con ellos. (Art. 1324, C. C.).

De acuerdo con estas reglas y principios que determinan los efectos que se producen con la acción de petición de herencia, es indudable que el recurrente acusa con fundamento la sentencia del Tribunal por cuanto se condena a la demandada a entregar al actor, dentro de los tres días de la ejecutoria, el lote de la finca La Iberia estando, como está, plenamente establecido en el proceso que esa cosa hereditaria no era conservada por la heredera vencida al tiempo de la demanda por haberla enajenado a Julia Hernández Olaya como lo reza el instrumento público aportado legalmente a los autos. Establecida esta situación procesal, es pertinente atemperarla a las disposiciones de la lèy para ese caso.

Sobra advertir, desde luego, que esta sentencia decide solamente la acción de petición de herencia en relación con las consecuencias que le atribuye la ley, y que el actor, si lo prefiere, podrá ejercitar la acción de dominio dentro de las condiciones legales. (Art. 1325, C. C.).

El expediente ofrece elementos de convicción suffcientes para calificar como de mala fe la ocupación de la demandada Concepción Buitrago v. de Hernández del lote de terreno, perteneciente a la herencia indebidamente ocupada por ella. En efecto; aunque aparece que el traslado de la demanda se surtió a la demandada el día 2 de mayo de 1936 y que ella había enajenado el lote de La Iberia desde el 25 de enero de ese mismo año, fecha de la escritura, es evidente que para este último día ya tenía ella conocimiento de la existencia de un derecho hereditario preferencial al suyo cuyo titular iba a pedir su eficacia judicialmente. Así resulta incuestionablemente establecido el hecho de haber el actor pedido a su presunta demandada la absolución de las posiciones visibles a folios 25 y 27 del cuaderno principal sobre hechos relacionados con la herencia, y con la expresa advertencia, como se lee en el memorial correspondiente, de que se pretendía establecer demanda ordinaria de mayor cuantía sobre petición de herencia de la señora Concepción Hernández de Bucheli. Estas posiciones fueron absueltas por la demandada personalmente el día 24 de enero de 1936, y de ella resulta que sabía, y es claro que no podía ignorarlo, que había existido su nieta Concepción Bucheli Hernández, heredera de su madre premuerta, y que de ella era sucesor legal su padre legítimo, como ascendiente de grado más próximo. Este conocimiento de que iba a ser demandada por un heredero con derecho preferente es indudablemente inductivo de mala fe en la posesión de las cosas hereditarias desde ese momento, sin que pueda argüírse siquiera error de derecho sobre el orden de la sucesión intestada y la trasmisión del artículo 1014 del C. C. porque el error en materia de derecho constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. La enajenación de la finca aparece hecha precisamente al día siguiente de la absolución de las posiciones.

Las consideraciones que anteceden son bastantes para que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, case parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 6 de marzo del año que corre, y reformando la de primer grado del Juzgado del Circuito de Sevilla, del 12 de abril de 1939, falle así:

1º La niña Concepción Bucheli Hernández tenía derecho a la herencia de su madre Concepción Hernández de Bucheli.

2º Por muerte de la niña Concepción Bucheli Hernández, antes de aceptar la herencia de su madre Concepción Hernández de Bucheli, trasmitió a Isaac Bucheli el derecho de aceptar dicha herencia.

3º Por haberla aceptado, con beneficio de inventario, se le adjudica a Isaac Bucheli la herencia de Concepción Hernández de Bucheli, y, en consecuencia, la demandada debe restituírle al actor, dentro del término legal, todas las cosas here-

ditarias que conserve en su poder, con sus aumentos y frutos en los términos de los artículos 1321 a 1323 del C. C., considerada como poseedora de mala fe.

4º La demandada está obligada a pagarle al actor, dentro del término legal, todo el importe de la enajenación que hizo a Julia Hernández Olaya del lote número 3 de la finca La Iberia a que se refiere el pedimento e) de la demanda y de que da cuenta la escritura pública número 64 de la Notaría del Circuito de Sevilla de fecha 25 de enero de 1936, con los intereses legales desde la fecha de la enajenación.

5º Se ordena la cancelación del registro del auto en que se dio la posesión efectiva de la citada herencia a la demandada Concepción Buitrago v. de Hernández, y

6º Se condena a la parte demandada en las costas de la instancias.

Sin costas en el recurso.

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

Liborio Escallón. — Daniel Anzola.— Isaías Cepeda.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS—DOCUMENTOS REDARGUIDOS DE FALSOS—PRESUNCION DE AUTENTICIDAD DE UN DOCUMENTO.

1—Se redarguye de falso o se objeta un instrumento, cuando se niega la verdad, legitimidad o autenticidad que se le atribuye, o se alega cualquiera de las falsedades o defectos que lo hacen ineficaz o nulo. La objeción se hace, debe hacerse, manifestando la parte contra quien se produce, de una manera expresa y directa, que no reconoce en él las cualidades que se suponen, y se determinarán en el escrito los vicios o las faltas que contenga.—2—Es norma aceptada por la jurisprudencia que cuando los documentos creados están autorizados por testigos "si éstos declaran en la forma ordinaria que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento o que ella les pidió que firmaran como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte, debe presumirse la autenticidad del documento y consiguientemente la verdad de lo que se expresa en el escrito, con sus consecuencias necesarias, a menos que se pruebe la falsedad de la obligación que contiene el documento".—3—Si es verdad que la existencia de una persona termina con su muerte, no es menos cierto que toda declaración de voluntad, —el reconocimiento de una obligación o deuda, por ejemplo— hecha a favor de una persona que se supone existente, pero que ha fallecido a la época de la declaración, ha de entenderse o se entiende hecha a favor de los continuadores de su persona jurídica.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Ponente: Magistrado Dr. Daniel Anzola)

Carmen Salazar o Cuéllar, hija natural de María Salazar y casada con el señor José Joaquín Carrillo en el año de 1926, falleció en el hospital de la población de El Espinal el 16 de junio de 1927, dejando un hijo natural de nombre Jorge Efraín, nacido el 26 de febrero de 1922. El juicio de sucesión de esta señora se abrió en el Juzgado 7º civil del Circuito de Bogotá y fueron reconocidos como herederos de la causante, a más de su madre y de su esposo, el citado menor, a quien se le nombró como curadora a su misma abuela, cargo que se le discernió y autorizó para ejercerlo.

De otro lado, la señora Eugenia Gracia de González falleció el 10 de febrero de 1933; el juicio de sucesión correspondiente se radicó y abrió en el Juzgado 3º civil del Circuito de Bogotá, y fueron reconocidos como herederos testamentarios de esta causante, Marta Neira, Aura María Adames y Salomón Adames, quienes aceptaron la herencia con benecifio de inventario.

Así las cosas, María Salazar, curadora del menor Jorge Efraín Salazar, heredero reconocido en la sucesión de su madre Carmen Salazar de Carrillo, demanda ante el Juzgado 3º civil del Circuito y para la sucesión de esta señora, a la sucesión de Eugenia Gracia de González, representada por la Neira y los Adames, con fundamento en un documento privado de fecha 28 de enero de 1932 por la cantidad de siete mil seiscientos noventa y siete pesos con cuarenta y siete centavos ($7.697,47), que aparece suscrito por la cuenta, a efecto de obtener las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la sucesión demandada está en la obligación de pagar a la sucesión demandante, o sea la de María del Carmen Salazar de Carrillo, tres días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a esta demanda, la cantidad de siete mil seiscientos noventa y siete pesos con cuarenta y siete centavos.

"Segunda. Que la misma sucesión demandada debe pagar a la sucesión demandante los intereses del dos por ciento mensual estipulados en el documento de

fecha veintiocho de enero de 1932 en el cual consta la existencia de la obligación o deuda indicada en la petición anterior.

"Tercera. Que la sucesión demandada debe pagar las costas del presente juicio si se opone a él".

Durante el trámite de la primera instancia la parte actora adujo los siguientes elementos probatorios: el documento base de la obligación demandada, firmado por Eugenia de González ante los testigos Juan J. Gómez M. e Ignacio A. León, debidamente estampillado, pero no reconocido por la presunta deudora; declaración extrajudicial, ratificada luégo, del testigo León, así como la de Alejandrina Arjona, quienes deponen sobre el hecho de haber presenciado que Eugenia de González puso su firma al pie del documento citado. A más de estos elementos de prueba, esta misma parte presentó los comprobantes que acreditan su propia personería y la correspondiente a los señalados como representantes de la sucesión demandada.

Por lo que hace a la parte demandada, la actividad de sus apoderados durante el ejercicio de las dos instancias quedó limitada a dar contestación a la demanda, pues aunque los demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones solicitadas en el libelo, negaron los hechos alegados como fundamento de la acción y ofrecieron presentar "los recursos legales contra el curioso y extraño documento que se aduce como prueba", es lo cierto, que sus personeros nada hicieron tendiente a favorecer o a defender la causa de los que confiadamente depositaron su interés y les dieron personería suficiente para ello. Ni siquiera presentaron la demanda de casación; fue el doctor Leandro Medina, quien como agente oficioso y en momentos en que el término vencía, fundó el recurso que ha dado oportunidad a que la Corte entre en el conocimiento del negocio desde el punto de vista de su contenido. Este distinguido abogado al hablar de la deficiencia probatoria de que adolece el proceso, en cuanto hace a la parte que representa, deficiencia imputable, naturalmente a los abogados de las dos instancias, trae su demanda estos conceptos que la Sala falladora considera oportuno transcribir;

"Es en extremo vituperable la absoluta indefensión en que dejaron a sus clientes los apoderados de los demandados, en todo el juicio, desde que se inició la primera instancia hasta que se terminó la segunda, puesto que, como se ve en el expediente, no llegó ninguno de ellos a pedir una sola prueba, cuando tántas, tan graves y tan decisivas para enervar las pretensiones del actor hubieran podido producirse; ni hicieron nada tampoco para contrastar o controlar las pruebas de esa parte, que estuvo enteramente a sus anchas, sin ningún contrapeso que moderara sus impulsos, ni una voz que pronunciara el vade retro necesario para contener los desmanes. Y ni siquiera al tiempo de alegar de conclusión se tomaron esos mandatarios el trabajo de hacerlo".

Y en la audiencia pública surtida ante la Corte, el doctor Medina ratificó la anterior afirmación; habló de diversos elementos de convicción de precisión tan completa y absoluta, que al haberse aducido en las instancias, habrían impuesto a los jueces falladores apreciaciones diferentes de las que forzosamente tuvieron que hacer o formular en todo el cuerpo de sus fallos. Pero es bien sabido, que las decisiones judiciales han de fundarse únicamente en los hechos 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 (artículo 593 del C. J.). Los demandados, se repite, no produjeron hecho alguno, no desvirtuaron los presentados por la parte actora, no arguyeron nada en su defensa; simplemente calificaron de "extraño y de curioso" el documento base de la acción de autos.

Sentencias de primera y segunda instancia.

El trámite de la primera instancia finalizó con la sentencia de fecha veinte de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, absolutoria para los demandados, por cuanto no se demostró, o no se dio en ese entonces, la prueba de la personería de la parte demandada. Apelado este proveido y subsanado el inconveniente anotado, el Tribunal Superior de Bogotá revocó el fallo del Juzgado, en su sentencia de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, y en su lugar resolvió:

"1º Condénase a los señores Marta Neira, Salomón Adames y Aura Adames, como herederos de Eugenia Gracia v. de González, a pagar al menor Jorge Efraín Salazar, representado por su curadora María Salazar y como heredero de María del Carmen Salazar de Carrillo, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la

suma de siete mil seiscientos noventa y siete pesos cuarenta y siete centavos ($ 7.697,47) por capital del crédito que consta en el documento de 28 de enero de 1932, suscrito por Eugenia de González.

"2º Condénase a la misma sucesión demandada a pagar a la sucesión demandante el valor de los intereses del capital determinado en el ordinal anterior, a la tasa del dos por ciento mensual, a partir del 28 de enero de 1932, fecha del documento en que así se estipuló, hasta que el pago se verifique.

"3º Condénase a la parte demandada al pago de las costas judiciales causadas en la primera y en la segunda instancia".

Se alzó en casación el apoderado de la parte vencida, y como el recurso se admitió y ha recibido en la Corte el trámite que corresponde sin que se observe informalidad que impida el pronunciamiento, se procede a resolverlo, para lo cual se considera:

Fundamentos de la sentencia acusada

Los puntos en que la sentencia del Tribunal es objeto del recuso, proponen los siguientes razonamientos: el documento privado de 28 de enero de 1932, en el cual se confiesa la señora Gracia de González deudora de la cantidad de siete mil seiscientos noventa y siete pesos cuarenta y siete centavos e intereses, forma un vínculo contractual, fuente de obligaciones reconocidas por la ley, y en consecuencia, el acreedor tiene acción para que, demostrado el contrato, se ordene el cumplimiente de la obligación que de él emane a su favor. Nó habiendo reconocido la deudora el documento, la prueba de testigos es hábil a demostrar el hecho de que la obligación fue firmada por la señora Eugenia de González y que la firma allí estampada es auténtica, toda vez que las declaraciones rendidas por los deponentes, que dicen, vieron firmar a la señora de González, acreditan plenamente la autenticidad del documento y reemplazan el reconocimiento que no puede hacer la deudora por haber fallecido. Si el documento o título presentado se hubiera redargüido de falso, habría sido preciso demostrar su veracidad y establecer por otros medios probatorios la existencia de la obligación, pero como así no se hizo, los demandados lo han reconocido tácitamente al tenor de lo dispuesto en el artículo 645 del C. J., y de ahí la exigibilidad de la obligación en la forma consignada.

El recurso de casación.

La parte demandada, que es la recurrente, acusa la sentencia del Tribunal por las causales primera y segunda de las indicadas en el artículo 520 del Código Judicial. La primera, "Por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, así por infracción directa, como por aplicación indebida e interpretación errónea, de donde resulta haberse cometido errores de derecho, y así mismo errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos del juicio"; y la segunda, "Por no estar la sentencia en consecuencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". Como disposiciones violadas se señalan las de los artículos 1757 del Código Civil, 637 y 697 del Código Judicial, y 9º de la Ley 57 de 1887; y como aplicadas indebidamente las de los artículos 639, 645, 655 del C. J. y 1ª: de la Ley 37 de 1932.

Los cargos.

Luégo de relatar el doctor Medina una larga serie de antecedentes, circunstancias y hechos, todos relacionados con la historia de las sucesiones litigantes, y con la manera como conceptúa se creó el crédito de autos, relación confirmada en parte con importantes documentos y citas que a manera ilustrativa agregó el señor apoderado a su demanda presentada ante la Corte, en capítulo aparte formula a la sentencia del Tribunal los cargos que a continuación se estudian:

Primer cargo

"Erró el Tribunal en la apreciación que hizo de la contestación de la demanda por los demandados, porque en ambas contestaciones aparece de manera clara, neta, inequívoca, incondicional, sin lugar a distingos ni limitaciones, que los demandados niegan el derecho que se pretende en la demanda, y los hechos que se invocan como generadores o fundamentos de ese pretendido derecho. Y si esto es así, como en verdad lo es, y la negativa rotunda y absoluta no expresa solamente que se rechaza el documento por la forma o autenticidad del documento en sí mismo, como un título, como la prueba o testimonio escrito de una obligación, sino también el que haya existido jamás esa obligación, corresponde al actor en el juicio probar no sólo la autenticidad del documento sino mucho más: el nacimiento y existencia y realidad de la obligación con-

siderada también en sí misma, con su objeto y su causa y el consentimiento, hecha abstracción del papel en que se pretende que ella consta". Y agrega: "El Tribunal violó por infracción directa, omitiendo aplicarlo, el inciso 1º del artículo 1757 del Código Civil, disposición sustantiva que dice que incumbe probar las obligaciones al que las alega".

Se considera:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1757 del Código Civil, incumbe probar las obligaciones al que las alega. La parte demandante deduce la obligación cuya existencia pretende hacer efectiva, del contrato de mutuo que aparece suscrito por la señora Gracia de González a favor de María del Carmen Salazar el 28 de enero de 1832 ante dos testigos que también firman, los señores Juan J. Gómez L. e Ignacio A. León.

Los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores, tienen la fuerza de confesión judicial acerca de su contenido cuando han sido extendidos y registrados, o reconocidos en la forma legal por las personas que deban cumplirlos. Un instrumento privado, si no ha sido reconocido, tiene fuerza de prueba sumaria cuando está otorgado ante dos testigos, por lo menos. El documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en autos con conocimiento de la parte contraria o de su apoderado, no se ha objetado, o redargüido de falso para que la parte que lo presente pruebe su lagitimidad. Esto lo disponen en su orden los artículos 637. 647 y 645 del C. J.

El documento de autos no aparece reconocido en forma alguna por la persona que aparece firmándolo, y que falleció mucho antes de haberse iniciado la presente controversia; no hay reconocimiento jurado, ni ficto, ni por atestación, o por inscripción. Se reconoce un documento por modo tácito, si obrando en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se objeta o redarguye de falso. Dice el recurrente, que el documento base del juicio sí fue objetado y redargüido, y que siendo así, y por cuanto la parte que lo presentó no probó su legitimidad, no es dable deducir de él obligación alguna; y agrega, que la objeción se formuló al darse contestación a la demanda.

A todo lo largo del proceso no se encuentra la confirmación de esta afirmación del apoderado recurrente; basta recordar, se repite, que los apoderados de la parte demandada, en las dos instancias, limitaron su actividad defensiva a dar respuesta a la demanda promovida, y que en dicho escrito dijeron solamente, que negaban el derecho de la parte actora para demandar, es decir, su personería sustantiva; pero nada dijeron relacionado con la autenticidad o legitimidad del documento ni en cuanto a la verdad de las declaraciones contenidas en él. Marta Neira ofreció simplemente, "que oportunamente con los demás demandados haría valer los recursos legales contra el curioso y extraño documento que se aduce como prueba"; pero es lo cierto, que no se propuso dentro de los términos legales, ni siquiera fuera de ellos, incidente o articulación alguna sobre el particular, incidente que apenas habrá para que decir, debía haberse formulado en escrito separado seguir su trámite al tenor de lo dispuesto, según el caso, por la ley civil de procedimiento.

Se redarguye de falso, o se objeta un instrumento, cuando se niega la verdad, legitimidad o autenticidad que se le atribuye, o se alega cualquiera de las falsedades o defectos que lo hacen ineficaz o nulo. La objeción se hace, debe hacerse, manifestando la parte contra quien se produce, de una manera expresa y directa, que no reconoce en él las cualidades que se suponen, y se determinarán en el escrito los vicios o las faltas que contenga. Como en el presente caso no han ocurrido estas circunstancias, y la sola manifestación que hacen los demandados en la contestación de la demanda, en cuanto niegan la personería de la parte actora, no puede estimarse legalmente como hecho justificativo de objeción o tacha al documento mencionado, no puede menos de declararse, que el Tribunal no erró en la apreciación que hizo del documento, cuando dijo que no se había objetado o redargüido de falso. Es por tanto infundado este primer cargo.

Segundo cargo

"Cuando el Tribunal estima que las declaraciones rendidas extrajuicio por Ignacio A. León y Alejandrina Arjona y ratificadas dentro del juicio son plena prueba de la autenticidad del documento de folios 1 y 2 del cuaderno número 11, cuyo pago se demanda, incurre en apreciación errónea de esa prueba, y en indebi-

da aplicación del artículo 697 del C. J., que es disposición sustantiva".

Se considera:

Es norma aceptada por la jurisprudencia, que, cuando los documentos creados están autorizados por testigos, "si éstos declaran en la forma ordinaria que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento o que ella les pidió que firmaran como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte, debe presumirse la autenticidad del documento y consiguientemente la verdad de lo que se expresa en el escrito, con sus consecuencias necesarias, a menos que se pruebe la falsedad de la obligación que contiene el documento".

La lógica de la argumentación del Tribunal, en la parte en que califica el mérito probatorio de estas declaraciones, viene formulada así:

"Durante el término probatorio de la primera instancia, el testigo León se ratificó en su declaración por medio de la cual manifiesta haber firmado el documento como testigo y haber presenciado que la señora Eugenia de González lo firmó también.

"En el término probatorio de la segunda instancia la testigo Arjona se ratifica en su declaración rendida extrajuicio conforme a la cual a ella le consta, por haberlo presenciado, que la señora de González firmó el documento y que Ignacio A. León también lo hizo en calidad de tesigo.

"Estas dos declaraciones, ractificadas legalmente, dentro del término respectivo del juicio, pueden apreciarse en su valor probatorio porque así lo permite el artículo 693 del C. J.

"Ambos testigos deponen sobre el hecho de haber presenciado que doña Eugenia de González puso su firma en el documento, en la oficina de la testigo Arjona y en presencia de los testigos León y Gómez, por lo cual hacen plena fe sus declaraciones de acuerdo con el artículo 697 del C. J., porque concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

"La prueba de testigos es admisible en este caso, porque no se trata de acreditar el contrato mismo sobre suma mayor de quinientos pesos, sino de probar el hecho de que el documento fue firmado por la señora Eugenia de González y, por ende, que la firma que lo autoriza es auténtica.

"Estas declaraciones, pues, acreditan plenamente la autenticidad del documento y reemplazan el reconocimiento que no pudo hacer la deudora por haber fallecido".

La Corte considera jurídico el anterior razonamiento de la sentencia acusada, y al aceptarlo, sólo agrega, que la lógica imponía a la Sala falladora del Tribunal, admitir como establecida la autenticidad del documento y como verdaderas o ciertas las obligaciones relacionadas en él, por cuanto nada se objetó, ni hubo incidente o articulación de falsedad, que a su tiempo han debido proponer los hoy representantes de la señora Gracia de González. Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Tercer cargo

"El documento base de este juicio no puede en manera alguna ser reconocido como título o fuente de exigibilidad de ningún derecho o prestación, por la sencilla razón de que todas las declaraciones y estipulaciones de él que pudieran redundar en beneficio de María del Carmen Salazar C., son hechas en favor de una muerta, de una persona extinguida seis años atrás, por lo cual no puede ser sujeto activo ni pasivo de ninguna clase de derechos, de obligaciones ni de vínculos contractuales, puesto que, conforme al artículo 9º de la Ley 57 de 1887, "La existencia de la persona termina con la muerte". Cometió, pues, grave error de hecho el Tribunal al apreciar este documento como prueba de la obligación que se demanda, y grave error de derecho, por infracción directa, dejando de aplicar el artículo 9º de la ley citada, que le impedía reconocer obligaciones a favor de una difunta".

Se explica:

Del texto del documento, resulta que la señora Gracia de González, al firmar dicha obligación, renovó una anterior también de mutuo y que al hacer esta renovación no hacía sino cumplir una de las condiciones fijadas en el documento renovado; explica la otorgante cómo esta obligación se había venido sucediendo religiosamente al cumplirse cada año contado a partir de la primitiva obligación, y agrega, que para cumplir ese compromiso hacía la renovación de que da cuenta el documento y la declaración correspondiente al hecho de que no había vuelto a ver a su acreedora. Dice: "La señorita

María del Carmen Salazar C. mi acreedora, no ha vuelto a verse conmigo hace varios años, nada he vuelto a saber de ella; pero sé que a su amiga íntima, la señorita Alejandrina Arjona, le ha dejado a guardar los anteriores documentos: ella, por lo menos, es la depositaria de ellos, y tampoco ha vuelto a saber nada de su amiga, por lo cual aunque yo quisiera, no puedo hacerle la venta prometida".

La partida de defunción del folio 12, del cuaderno principal, establece, ciertamente, que cuando la señora Gracia de González hizo estas declaraciones y se obligó a favor de María del Carmen ya había ésta fallecido en la población de El Espinal, toda vez que el documento se firmó el 28 de enero de 1932, y la partida de defunción de esta señora indica que este hecho ocurrió cinco años antes, como que fue el 16 de julio de 1927. Pero en el mismo documento dice la otorgante que no tiene noticia alguna del paradero de la acreedora, que no ha vuelto a verla, y que hace estas declaraciones —las del documento— a su favor o en beneficio de las personas llamadas a sucederla; el documento no hace aparecer a la acreedora como persona que el día de su otorgamiento hubiera concurrido a recibir la declaración de voluntad que a su favor se hacía.

Ahora: si es cierto, que la existencia de la persona termina con la muerte (artículo 9º Ley 57 de 1887), no es menos cierto que toda declaración de voluntad, —el reconocimiento de una obligación o deuda, por ejemplo— hecho a favor de una persona que se supone existente pero que ha fallecido a la época de la declaración, ha de entenderse, se entiende hecha a favor de los continuadores de su personalidad jurídica, y es apenas elemental recordar, que los herederos representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Por lo demás, estos son los que demandan luégo de haber comprobado de manera satisfactoria la personería que les asiste. Es totalmente improcedente el cargo.

Cuarto cargo

"Como el Tribunal en la sentencia ordena pagar a la parte demandante la suma de siete mil seiscientos noventa y siete pesos con cuarenta y seis centavos y sus intereses al dos por ciento mensual a partir del 2 de enero de 1932, sin hacer reducción alguna, se ha infringido el artículo 1º de la Ley 37 de 1932, porque de oficio ha debido el fallador rebajar la rata al tipo del ocho por ciento anual, por tratarse de una obligación con garantía personal resultante de la renovación de una acreencia anterior firmada el 2 de enero de 1927, tal como lo acredita el documento en copia fotográfica acompañada a la demanda de casación".

Se explica:

No hay argumento alguno oponible, al hecho demostrado, y consistente, en que la obligación de la demanda, es resultado de la renovación de otra anterior, suscrita por la misma señora de González a favor de la Salazar con fecha 2 de enero del año de 1927; la propia letra del documento así lo manifiesta. También es cierto, que el Decreto número 280 de 1932, la Ley 37 del mismo año, y luégo el Decreto 273 de 1935 gravaron los intereses de las obligaciones entre particulares contraídas del 1º de enero de 1925 al 16 de febrero de 1937, con un impuesto, para el caso, equivalente a la cantidad en que tal interés exceda del ocho por ciento anual.

Ahora bien: en ninguna de las dos instancias se ha discutido el hecho, de si los interesados de la obligación relacionada, están sujetos a la rebaja o impuesto decretado por las citadas leyes, y si en caso de estarlo, dicha reducción procedía decretrase oficialmente o a solicitud del propio interesado. Sin embargo, dada la manera y términos empleados al formularse el cargo, no puede estimarse que el punto así planteado sea defensa nueva alegada en casación, toda vez que la acusación tiende a deducir quebranto del artículo 1º de la ley 37, en razón de no haberse dado aplicación a tal disposición por propio movimiento de los funcionarios falladores en las dos instancias. Si entrar a considerar si la reducción procede, y si en caso tal, por iniciativa propia ha debido el Tribunal resolver sobre un derecho no solicitado o alegado, basta decir, que en este pleito no se persigue el cumplimiento de ninguna obligación; lo que se persigue, es que la justicia declare a cargo de la parte demandada la existencia de un crédito u obligación personal a favor de la parte demandante, crédito u obligación que una vez reconocido en la sentencia, y ejecutoriada ésta, si no se cumple voluntariamente, podrá hacerse efectivo coercitivamente mediante la vía ejecutiva, es decir, mediante acción

de cumplimiento. Será en ese entonces, cuando puede ser oportuno el reclamo que se hace, relacionado con la reducción del interés, intentado hoy bajo la forma disimulada de cargo en casación. Es pues improcedente el cargo que se hace y debe rechazarse.

Quinto cargo

"La demanda pide se condene a la sucesión de Eugenia Gracia González, representada por Marta Neira, Aura María Adames y Salomón Adames, a pagar a la sucesión intestada de Carmen Salazar o María del Carmen Salazar, la cantidad de siete mil seiscientos noventa y siete pesos cuarenta y siete centavos y sus intereses al dos por ciento mensual; la sentencia condena, no a la sucesión demandada, sino personalmente a sus herederos a pagar, no a la sucesión demandante, sino a Jorge Efraín Salazar heredero de la sucesión, la expresada cantidad; siendo así, la sentencia no está en consonancia con las peticiones de la demanda, porque ha hecho declaraciones en favor y en contra de personas no trabadas en la litis, ya que en ella son parte únicamente las dos sucesiones anotadas".

Se considera:

Son partes en este litigio la sucesión de Eugenia Gracia de González, y de otro la de María del Carmen Salazar de Carrillo. A la primera la representan sus herederos testamentarios Marta Neira, Aura María Adames y Salomón Adames; y a la segunda, el esposo de la causante, su hijo natural y su madre. Entre estas dos sucesiones quedó trabada la litis contestatio.

La demanda la ha presentado la heredera abuela y guardadora del menor, quien habla en nombre de la sucesión y pide para la sucesión de la señora Salazar; sin embargo, la sentencia provee, no para la sucesión demandante, sino a favor del menor únicamente, tal cual si éste representara la totalidad de la herencia y como si esta se hubiese liquidado. En estas condiciones, aducidas por las partes sus respectivas pretensiones y fijadas con claridad las condiciones de una y otra, es evidente que la sentencia no está en consonancia con las peticiones de la demanda, pues se pide para una sucesión y se falla a favor de un heredero, del menor, quien para el preciso caso de autos, es legalmente persona distinta a la sucesión por más que sea representante de ella. Es fundado el cargo que se hace, y en esta razón, la sentencia del Tribunal debe casarse parcialmente, para en su lugar proferir fallo que amolde a las peticiones del libelo por lo que dice relación a las partes trabadas en la litis.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, proferida en este pleito y previa reforma de la del Juzgado de primera instancia, falla este litigio así:

1º CONDENASE a la sucesión de Eugenia Gracia v. de González, representada por sus herederos testamentarios Marta Neira, Aura María Adames y Salomón Adames, a pagar a la sucesión de María del Carmen Salazar de Carrillo, representada por su heredero el menor Jorge Efraín Salazar, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CUARENTA Y SIETE CENTAVOS ($ 7.697,47) valor del crédito que consta en el documento de fecha veintiocho (28) de enero de mil novecientos treinta y dos (1932), suscrito por Eugenia de González.

2º CONDENASE a la sucesión demandada a pagar a la sucesión demandante el valor de los intereses del capital determinado en el ordinal anterior, a la tasa del dos por ciento (2%) mensual, a partir del 28 de enero de 1932, fecha del documento en que así se estipuló, hasta que el pago se verifique.

3º CONDENASE a la parte demandada al pago de las costas judiciales causadas en las dos instancias; y

4º Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

Liborio Escallón. — Daniel Anzola.— Isaías Cepeda. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en ppd.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO — *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* — CONTRATOS BILATERALES — SOCIEDADES ORDINARIAS DE MINAS.

1.—Si en un contrato bilateral el contratante incumplido y en mora le niega a su contraparte el derecho, la causa y la razón para promover la acción resolutoria, la decisión del negocio en su fondo puede y debe realizarse sin fallar en capítulo previo esa excepción, porque el estudio de tal cuestión de fondo sobre el fundamento jurídico de la acción resolutoria, equivale a la decisión sobre la visibilidad de la excepción mencionada.—2.—Los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial tendiente a "conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral". Las obligaciones recíprocamente contraídas, aun siendo conmutativas y onerosas, pueden ser de carácter simultáneo para ambas partes, o inmediato para una y de cumplimiento sucesivo para la otra. Tal es el caso del contrato de arrendamiento, donde las obligaciones que al arrendador impone el artículo 1986 del C. C., tienden naturalmente a conservar para el arrendatario el libre goce de la cosa arrendada; pero una vez cumplida la obligación primordial de hacer entrega de la cosa, las otras dos, de mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y la de librar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa, tienen el carácter de obligaciones de cumplimiento sucesivo, que deben atenderse debidamente, a medida que se presenten los hechos que las hagan nacer. De donde se desprende que cuando las obligaciones constituyen prestaciones simultáneas cabe la "*exceptio non adimpleti contractus*", dado que ambos estipulantes están en mora por el incumplimiento de sus obligaciones sin necesidad de requerimiento (artículo 1609 C. C.)—3.—Las sociedades ordinarias de minas son comunidades *sui generis* organizadas y reglamentadas por nuestro derecho minero, que se constituyen cuando hay una mina de propiedad de varias personas y convienen en formarla para su debida explotación y laboreo, designando un presidente o director que la represente. Hay diferencia entre la comunidad civil y las comunidades ordinarias de minas, porque las primeras se forman por un hecho independiente de la voluntad de las partes y por ministerio de la ley, en tanto que la comunidad minera nace del vínculo contractual, cuando varias personas coinciden en la explotación del mineral. Por eso tienen su reglamentación típica en el código de la materia. Desde el momento en que dos o más personas convengan en la explotación o laboreo de una mina deberán formalizar la sociedad ordinaria, si así quisieren orgnaizar el negocio, haciendo cuando menos el nombramiento de presidente o director de ella. El cumplimiento de este requisito que mira a su dirección y debida representación ante terceros, es suficiente para que su existencia quede reconocida y protegida por la ley (artículo 283 del C. de M.). Dicho presidente o director es representante legal de la sociedad y la obliga en sus actos así judiciales como extrajudiciales (artículo 248 ibídem).—4.—El presidente o director de una sociedad ordinaria de minas es el mandatario y personero de la comunidad minera y como tal su representante legal. Por el hecho de ser nombrado queda investido, no sólo de las atribuciones y facultades que se le señalen y otorguen en los reglamentos y estatutos, sino de todas aquellas que son necesarias para el cumplimiento del fin que persiguen los asociados al constituir la comunidad comercial minera. De manera tal que dicho presidente o director debe considerarse como un mandatario suficientemente auto-

rizado por el compromiso social para desarrollar y adelantar todas aquellas actividades que se relacionan con la explotación y cateo, explotación y laboreo del mineral. Todo acto o contrato que dentro de esa órbita ejecute, queda comprendido dentro de sus facultades y atribuciones naturales de mandatario de la sociedad ordinaria de minas. Esas funciones relacionadas con la administración y explotación del mineral no pueden tener otras limitaciones que las que expresamente hayan acordado los socios, en uso de la facultad que les concede el artículo 254 del C. de M. La explotación y el laboreo del mineral puede realizarlo la sociedad, ya directamente por medio de elementos y equipos de su propiedad, ya indirectamente por conducto de otras personas o entidades, en virtud de contrato de arrendamiento.—5.—El arrendamiento de las minas es un acto meramente administrativo, ya que tiende a la explotación del metal por medios indirectos, pero lucrativos y susceptibles de apreciables rendimientos comerciales. Es indudable que el presidente o director de una sociedad ordinaria de minas está facultado para celebrarlo, ya sea que se le haya conferido esa atribución o no, porque el mandato que ostenta según nuestro derecho minero alcanza, como es elemental, a todos los actos y contratos que se relacionen con la explotación del negocio y que tiendan a desarrollarlo en beneficio de la sociedad.—6.—Los Tribunales de instancia gozan de libertad de criterio para apreciar los elementos probatorios del proceso, dándoles el valor demostrativo que estimen conveniente, dentro de la tarifa legal reconocida por nuestro derecho probatorio y de las reglas de la sana crítica, y a la Corte no le es dable rectificar ese juicio sino cuando aparezca con toda evidencia que el juzgador incurrió en error de hecho manifiesto en esa apreciación, o en error de derecho en cuanto al mérito que pudo haberles otorgado para la decisión de la controversia.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

1. La Sociedad ordinaria de minas de "El Tesoro" es dueña de las de filón de oro y otros metales, ubicadas en jurisdisción del Municipio de Anzoátegui que pasan a determinarse. De la mina principal de "El Tesoro", cuyo título número 75 está protocolizado por escritura número 271, de 20 de mayo de 1931, de la Notaría Primera de Ibagué; de la mina de "Santa Clara" o Continuación Sur de la de Las Animas, título 124 de la de Las Animas, título 121; de la mina de "El Aguila" o Continuación Norte de la de Las Animas, título 125; de la mina de "Las Palomas", título 119, justocalizado por escritura Nº 430 de 24 de agosto de 1933, de la Notaría Segunda de Ibagué.

2. Dentro de la mina de Las Animas, el Presidente de la Sociedad del El Tesoro dio en arrendamiento al señor Nepomuceno Arbeláez, dos zonas llamadas "Zonas del molino número dos" y "Zona del molino número cuatro", por el tiempo, el canon y las condiciones contenidas en la escritura pública número 175, de trece de abril de 1935 de la Notaría Segunda de Ibagué, y le entregó a satisfacción dichas zonas, elementos y demás a que estaba obligado.

3. Entre las obligaciones contraídas por Nepomuceno Arbeláez se hallan las siguientes: "Cláusula 5a.....d). A adquirir, instalar y montar convenientemente, todo a su costa, un molino californiano de cuatro pisones, por lo menos, movido por fuerza hidráulica y dotado de rueda Pelton, en el sitio en que existe en banqueo, cerca al lugar que ocupa el molino número cuatro que tenía la Sociedad. Este molito deberá estar funcionando debidamente dentro del preciso término de cinco meses contados desde hoy..... e) A adquirir, trasportar, instalar y montar convenientemente, todo a su costa, otro molino también californiano, de cuatro pisones, por lo menos, que el contratista colocará en el sitio que juzgue más conveniente y que se destinará para el beneficio de los minerales que se extraigan de las minas Continuación Sur de Las Animas, o de la de Santa Clara, cuyo nombre será el mismo, y deberá estar funcionando correctamente dentro del término de un año contado desde hoy".

Juicio ordinario

Por estimar que el arrendamiento no había cumplido la prestación que se impuso en la cláusula 5ª del contrato de arrendamiento, la Sociedad de minas de El Tesoro, representada por su Presidente señor Roberto Duarte, presentó demanda ordinaria contra Arbeláez, solicitando se hicieran estas declaraciones: a) Que ha quedado resuelto el contrato de arrendamiento contenido en la escritura número 175 de 1935; b) Que en consecuencia debe Arbaláez hacer entrega a la citada sociedad ordinaria de minas, de las que son materia del contrato; c) Que se condene a Arbeláez a pagar la cantidad que parcialmente se fije como indemnización de perjuicios por el incumplimiento del contrato; y d) Que se le condene en las costas del proceso.

Surtido el trámite de rigor, el Juez Primero del Circuito de Ibagué profirió sentencia de primer grado, fechada el 14 de agosto de 1937, en la cual se declaró resuelto el contrato de arrendamiento mencionado; ordenó que dentro del término de tres días se hiciera entrega formal al arrendador de las minas que fueron materia del contrato, y condenó al arrendatario Arbeláez al pago de perjuicios por incumplimiento, los que serían fijados por peritos. También declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas y se hizo condenación en costas.

Se fundó el juez **a quo** para hacer estas declaraciones condenatarias en que se había demostrado suficientemente en los autos que el arrendatario no había cumplido en su integridad la prestación que se impuso en la cláusula 5ª de la escritura 175 de 1935, porque el segundo molino que montó dentro de una de las zonas arrendadas no reunía las condiciones y características señaladas en el contrato de arrendamiento, ni estaba destinado al beneficio del material minero, sino al cateo, ni se había montado en el lugar más conveniente y previamente determinado para el beneficio de los tales minerales. Consideraba que se había cumplido la condición resolutoria tácita que va envuelta en todos los contratos bilaterales, sin que se hubiera demostrado que el arrendador, por su parte, hubiera dejado de cumplir todas las obligaciones que se impuso.

La sentencia acusada

En virtud de apelación interpuesta por el apoderado del demandado subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y esta superioridad, agotada la tramitación, profirió sentencia de segundo grado, fechada el tres de agosto de 1938, en la cual confirmó el fallo apelado.

Comienza el Tribunal por sostener que ni el demandado le niega a su contraparte el derecho, la causa y la razón para promover acción resolutoria del contrato de arrendamiento, la decisión del negocio a fondo puede acometerse sin hacer capítulo especial de la excepción perentoria propuesta, de carencia de acción, fundandose en que es doctrina de la Corte que da lo mismo absolver al reo por no estar probada la acción, que declarar probada la excepción perentoria de carencia de acción.

Al entrar al fondo de la cuestión, considera el Tribunal que el arrendatario Arbeláez no cumplió la obligación que se impuso en la cláusula 5ª del contrato, ya que el segundo molino montado no era de tipo californiano, de cuatro pisones por lo menos, ni era apto para el beneficio de los minerales que se extraigan de las minas arrendadas, ni se montó en el sitio más conveniente para la explotación. A esta conclusión llega el Tribunal en la sentencia acusada después de un análisis minucioso que hace de las pruebas testimoniales y pericial agregadas al proceso y que versan sobre la naturaleza, calidad, modelo y destinación del segundo molino montado por el arrendatario y del lugar o punto donde se le puso. Con vista de tales elementos probatorios y de un catálago editado por el taller industrial Apolo, de Medellín, constructor del segundo molino cuyas características y destino constituyen la cuestión fundamental del debate, llega a la conclusión de que tal molino no es fabricado en California, perc ni siquiera del generalmente conocido bajo la denominación de californiano, por ser montado de tipo y modelo muy distinto al antes nombrado. Sostiene que e modelo es de tipo cateador, útil solamente para la exploración y prospección, pero no para el beneficio y explotación de los minerales, siendo así que las partes entendieron que ambos molinos debían reunir condiciones específicas iguales ; estar ambos destinados al beneficio de lo minerales, para extraerlos de las veta respectivas.

También concluye el Tribunal que e segundo molino no fue montado en el lu gar indicado, ya que en la cláusula 5ª s

determinó que lo fuera para la explotación de los minerales extraídos de la mina de Santa Clara y la inspección ocular y declaraciones testimoniales demostraron que fue instalado a considerable trecho de dicha mina, a distancia de sólo de seis metros cuarenta centímetros del otro molino que estaba montado en la mina Las Animas.

Como quiera que el arrendatario demandado alega que la Sociedad arrendadora tampoco cumplió su compromiso, porque le prohibió tomar el agua que necesitaba para montar el segundo molino en el sitio elegido, y le impidió el goce de la cosa arrendada por actos de perturbación, el Tribunal desestimó esos cargos, por no hallarlos demostrados en el expediente, sino antes bien en contradicción con los elementos probatorios aportados al debate por la parte actora; y porque la escritura número 366 de 1935, presentada como prueba de dicha perturbación sólo contiene un contrato de transacción sobre linderos celebrados entre la sociedad ordinaria de minas El Tesoro y La Sonora, para poner fin a la discrepancia sobre las zonas mineras respectivas, pero sin privar al arrendatario del goce y explotación de las dos zonas arrendadas.

Recurso de casación

Acusa en casación la anterior sentencia el arrendatario demandado y la tacha de violatoria de ley sustantiva, ya por infracción ya por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J. Así concreta las tachas alegadas en este recurso:

Primer cargo

Violación de los artículos 1.546, 1.609, 1.982 y 1.986 del C. C. Para enervar la demanda propuso al demandado la excepción de carencia de acción y como el Tribunal no la declaró, cometió un evidente error de derecho al estimar que no puede proponerse como excepción el incumplimiento de la parte demandante en los contratos sinalagmáticos, llegando hasta sostener que el derecho que asiste al demandado en esta clase de contratos es el de presentar contrademanda, según el artículo 1.546 del C. C.

Para desestimar este cargo la Corte considera:

A). El Tribunal es verdad que no quiso hacer especial declaratoria sobre el fundamento de la excepción perentoria de carencia de acción propuesta por el demandado, pero justifica con todo detenimiento su conducta expresando que en casos como el de autos, si en un contrato bilateral el contratante incumplido y en mora le niega a su contraparte el derecho, la causa y la razón para promover la acción resolutoria, la decisión del negocio en su fondo puede y debe realizarse sin fallar en capítulo previo esa excepción, porque el estudio de tal cuestión de fondo sobre el fundamento jurídico de la acción resolutoria, equivale a la decisión sobre la viabilidad de la excepción mencionada. La Corte estima acertada y jurídica tal doctrina del Tribunal y así lo ha venido sosteniendo en numerosos fallos. "Para el sentenciador —ha dicho la Corte— es lo mismo absolver al reo por no estar probada la acción que declarar probada la excepción perentoria de carencia de acción" (J. de la C. Tomo III, número 426). Y en otra ocasión: "Si la excepción perentoria es un medio por el cual el demandado se escuda contra los efectos de una obligación que apareciendo como cierta y eficaz en sus orígenes resulta luego en virtud de ciertos hechos que o no tuvo existencia jurídica, o que fue extinguida, inútil es considerar la excepción propuesta cuando por otra parte se ha hallado que la acción principal que mira a aquella obligación, es inútil". (Casación, y diciembre de 1927. J. de la C., C. J. 1823, número 329).

A). Tampoco se ajusta a la realidad la interpretación que hace el recurrente de un pasaje de la sentencia donde se alude a la forma cómo puede hacer valer sus derechos en los contratos sinalagmáticos el contratante acusado de incumplimiento y en mora, cuando pretende que el contraestipulante tampoco ha cumplido fielmente con sus prestaciones recíprocas y conmutativas. Es evidente que la sentencia dice que cuando el demandante tiene que hacerle efectiva alguna obligación a su demandante, debe proponerlo en la forma prescrita por el artículo 743 del C. J., es decir en forma de contra-demanda. Pero tampoco ha querido coartar la libertad del demandado para alegar el incumplimiento del co-contratante actor y para proponerlo en forma de excepción, alegando la "exceptio non adimpleti contractus". La mejor demostración de que efectivamente el Tribunal no ha acogido la interpretación que le imputa el recurrente es que sí ha estudiado a espacio en la sentencia la mencionada excepción de incumplimiento, considerándola como propues-

ta por el demandado recurrente, argumentando largamente sobre los fundamentos de hecho y de derecho en que aspira a basarla el recurrente. Hace un largo estudio de las pruebas presentadas para sostener ese incumplimiento del actor y concluye que no se han demostrado los actos de perturbación que se le achacan, ni la negativa a usar de las aguas necesarias para la explotación del mineral.

Los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial tendiente a "conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral". Las obligaciones recíprocamente contraídas, aun siendo conmutativas y onerosas, pueden ser de carácter simultáneo para ambas partes, o inmediato para una y de cumplimiento sucesivo para la otra. Tal es el caso del contrato de arrendamiento, donde las obligaciones que al arrendador impone el art. 1986 del C. C., tienden naturalmente a conservar para el arrendatario el libre goce de la cosa arrendada; pero una vez cumplida la obligación primordial de hacer entrega de la cosa, las otras dos, de mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada, y la de librar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa, tienen el carácter de obligaciones de cumplimiento sucesivo, que deben atenderse debidamente, a medida que se presenten los hechos y las circunstancias que las hagan nacer.

De donde se desprende que cuando las obligaciones recíprocas constituyen prestaciones simultáneas cabe la "exceptio non adimpleti contractus", dado que ambos estipulantes están en mora por el incumplimiento de sus obligaciones sin necesidad de requerimiento (artículo 1.609 del C. C.) Pero en el caso de autos, en que se trata de un contrato de arrendamiento, el arrendatario estaba en mora de cumplir su prestación (el montaje del segundo molino de tipo californiano), desde que venció el término de un año señalado para cumplirla, sin necesidad de aviso previo, dado que el inciso primero del artículo 1. 608 del C. C., lo ha constituído en mora sin el requisito del previo requerimiento, en virtud del principio "dies interpellat pro homine"; en tanto que las obligaciones cuyo incumplimiento le imputa el demandado al actor sí exigían el previo requerimiento al tenor del inciso tercero del precepto legal antes citado, porque se trataba de obligaciones que no podían tener cumplimiento simultáneo sino cuando el arrendatario le notificara al arrendador que se habían sucedido los actos de perturbación, a efecto de colocarlo entonces en mora de cumplirlas.

De lo dicho concluye la Corte que no hubo equivocada interpretación por parte del Tribunal de las normas legales que regulan las relaciones entre contratantes en los pactos bilaterales, ni se coartó en lo mínimo el derecho de defensa del demandado. En cuanto al cargo de error de hecho en la apreciación de las pruebas que presentó el recurrente para establecer, a su vez, el incumplimiento del actor, es cosa que se dilucidará cuando se estudien los cargos tercero y cuarto, que versan sobre esa misma materia.

Segundo cargo

Sostiene el recurrente que hubo error de derecho al considerar el Tribunal que en los documentos presentados para acreditar la personería del actor se encuentran los elementos constitutivos de la personería sustantiva del mismo, es decir, de la capacidad del demandante Roberto Duarte, presidente de la sociedad ordinaria de minas actora, para pedir en nombre de ésta la resolución del contrato. Explica su pensamiento el recurrente argumentando que el presidente de una sociedad ordinaria de minas tiene sólo facultades de administración y explotación del mineral, pero no de disposición o enajenación y celebrado un contrato de arrendamiento con el asentimiento de la sociedad, no puede el presidente sin previa autorización expresa solicitar la resolución judicial de él, porque la renuncia de un derecho nacido del contrato implica su enajenación. Luego al escoger motu-propio la acción de resolución, en lugar de la de cumplimiento del contrato, actuó en forma distinta a la de un simple administrador o mandatario, extralimitó su representación y carecía de personería. A consecuencia de tal error de derecho violó por interpretación errónea y aplicación indebida el artículo 284 del C. de M.; el 251 de la misma obra por aplicación indebida, al considerar como actos de la sociedad ordinaria de minas lo relacionado con la capacidad para instaurar el juicio; el 1.546 del C. C., por haberlo aplicado indebidamente, y los 2.157 y 2.158 ibídem por no haberla aplicado.

La Corte considera.

Al tenor del artículo 251 del C. M. son compañías ordinarias de minas las que se forman comunmente para el laboreo de

éstas, sin los requisitos necesarios para que pudieran considerarse como de alguna de las otras clases reglamentadas en dicho código. Tales sociadades ordinarias mineras se rigen por las disposiciones especiales del capítulo 16, no obstante no ser reconocida su existencia por el Código Civil.

Son esas sociedad ordinarias de minas comunidades sui generis organizadas y reglamentadas por nuestro derecho minero, que se constituyen cuando hay una mina de propiedad de varias personas y convienen en formarla para su debida explotación y laboreo, designando un presidente o director que la represente. Pero conviene advertir que hay diferencia en la comunidad civil y éstas comunidades ordinarias de minas, porque las primeras se forman por un hecho independiente de la voluntad de las partes y por ministerio de la ley, en tanto que la comunidad minera nace del vínculo contractual, cuando varias personas coinciden en la explotación de un mismo mineral. Por eso tienen su reglamentación típica en el código de la materia.

El laboreo de las minas pertenecientes a sociedades ordinarias se ejecutará conforme a las estipulaciones que los socios consignen en los respectivos estatutos o compromisos que otorguen antes de emprender la explotación (artículo 254 del C. de M.). En caso de que no se otorgue ningún compromiso previo, cosa que bien puede suceder por no ser indispensable para su existencia la expedición de un estatuto que las gobierne, se observarán las reglas consignadas en el capítulo 16 del Código Minero (artículo 254 citado).

Desde el momento en que dos o más personas convengan en la explotación o laboreo de una mina deberán formalizar la sociedad ordinaria, si así quieren organizar el negocio, haciendo cuando menos el nombramiento de presidente o director de ella. El cumplimiento de este requisito que mira a su dirección y debida representación ante terceros, es suficiente para que su existencia quede reconocida y protegida por la ley (artículo 283 del C. de M.). Dicho presidente o director es representante legal de la sociedad y la obliga en sus actos así judiciales como extrajudiciales (artículo 284 ibídem).

Para resolver sobre el cargo formulado por el recurrente, es la oportunidad de concretar cuáles son las facultades y atribuciones del presidente o director de una sociedad ordinaria de minas y a ello se procede:

El presidente o director de una sociedad ordinaria de minas es el mandatario y personero de la comunidad minera y como tal su representante legal. Por el hecho de ser nombrado queda investido, no sólo de las atribuciones y facultades que se le señalen y otorguen en los reglamentos y estatutos, sino de todas aquellas que son necesarias para el cumplimiento de la finalidad que persiguen los asociados al constituir la comunidad comercial minera. De manera tal que dicho presidente o director debe considerarse como un mandatario suficientemente autorizado por el compromiso social para desarrollar y adelantar todas aquellas actividades que se relacionan con la explotación y cateo, explotación y laboreo del mineral.

Todo acto o contrato que dentro de esa órbita celebre o ejecute, queda comprendido dentro de sus facultades y atribuciones naturales de mandatario de la sociedad ordinaria de minas. Esas funciones relacionadas con la administración y explotación del mineral no pueden tener otras limitaciones que las que expresamente hayan acordado los socios, en uso de la facultad que les concede el artículo 254 del C. de M.

La explotación y laboreo del mineral puede realizarlo la sociedad, ya directamente por medio de elementos y equipos de su propiedad, ya indirectamente por conducto de otras personas o entidades, en virtud de contrato de arrendamiento. Tal es el caso de autos, en lo que se refiere a las zonas arrendadas a Arbeláez.

Considera la Corte que el arrendamiento de las minas es un acto meramente administrativo, ya que tiende a la explotación del metal por medios indirectos pero lucrativos y susceptibles de apreciables rendimientos comerciales. Es indudable que el presidente o director de una sociedad ordinaria de minas está facultado para celebrarlo, ya sea que se le haya conferido esa atribución o no, porque el mandato que ostenta según nuestro derecho minero alcanza, como es elemental, a todos los actos y contratos que se relacionen con la explotación del negocio y que tiendan a desarrollarlo en beneficio de la sociedad. En el caso de autos el contrato de arrendamiento fue celebrado con autorización previa de la sociedad y en la escritura número 175 de 1935 se insertó el acta en que aparece la autorización conferida al presidente señor Arenas para arrendar a Arbeláez las zonas mencionа-

das. Así lo reconoce también el recurrente, y se advierte que aun cuando tal facultad no se le hubiera otorgado expresamente, bien podía cerrar el pacto por tratarse de una actividad administrativa acorde con los fines de la comunidad minera.

Con vista de tales antecedentes, no es aceptable la tesis que sostiene el recurrente, de que el presidente no podía motu-propio intentar la acción resolutoria del contrato, por tratarse de un acto de enajenación y de disposición de un derecho adquirido por la sociedad. Lejos de eso, bien sabido es que todo mandatario, aún en el campo del derecho civil, que tiene estricta aplicación para todos los casos no previstos en el derecho minero, está obligado a vigilar y proteger los intereses patrimoniales que se le han encomendado y debe proveer a la oportuna y eficaz defensa de los bienes y derechos puestos bajo su cuidado. Si, pues, existen algunos bienes de su mandante dados en arrendamiento, tiene el deber de vigilarlos, de cumplir fielmente los deberes contractuales de su mandante arrendador, lo mismo que exigir al arrendatario el exacto cumplimiento de los suyos. De manera que si el arrendatario se impuso determinadas obligaciones inherentes al contrato, debe reclamar su satisfacción dentro de los términos estipulados; y en caso de que este último se pusiera en mora de cumplirlas, queda dentro de sus naturales facultades administrativas exigir que se satisfagan y acudir a la justicia intentando las acciones que la ley otorga a su mandante.

Y si esto es así dentro de las reglas generales del mandato civil, resultaría absurdo imponerle al presidente de una sociedad ordinaria de minas los deberes de mandatario social y coartarle sus iniciativas y su libertad cuando tiene necesidad de defender los intereses sociales, solicitando por ende la resolución de un contrato violado por un contraestipulante. Si el arrendamiento viene dicho que es un acto de administración, la resolución judicial del mismo por incumplimiento del arrendatario reviste el mismo carácter y la misma categoría, sin que pueda verse en ello un acto de enajenación de ningún derecho, sino antes bien la defensa de un derecho contractual desconocido o vulnerado y la gestión operante para recuperar la simetría del contrato y el equilibrio entre las partes.

De allí que con razón el artículo 284 del C. de M., disponga que el presidente o director de una sociedad ordinaria de minas la obliga en sus actos, así judiciales como extrajudiciales. Pero es más: en las sociedades civiles el poder del administrador se extiende hasta los actos que, aun siendo dispositivos, entran en el giro ordinario de los negocios; y es evidente que en el giro ordinario de los negocios de una sociedad ordinaria de minas entra el de arrendar o poner término al arrendamiento de las minas.

Se rechaza el cargo por infundado.

Cuarto cargo

Así lo concreta el recurrente:

A). Error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Nacianceno Marín, Evencio Duque, Lázaro Wiles, Manuel Alvarez, José Joaquín Torres, David Londoño, Carlos E. Salazar y Emilio Burgos, presentadas por el demandado. De esas declaraciones se desprende, sin lugar a duda, que las características del segundo molino montado por el arrendatario Arbeláez era californiano y que fue instalado dentro del término señalado en la cláusula 5ª del contrato. Y como esta es la causal alegada para la resolución, el error evidente en la apreciación de esta prueba testifical condujo a dicha resolución.

B). Error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Gabriel Valencia, Apolinar Torres, Luis Felipe Ramírez, Luis E. Gallego, Julio González y Francisco de la Cuesta R., presentadas por el demandante, las cuales afirman que el molino que montó Arbeláez y que comenzó a funcionar el trece de abril es también californiano, aunque de dimensiones más pequeñas que el primero, pero sí es de cuatro pisones.

C). Error de hecho evidente en la apreciación de la prueba pericial rendida por Pablo Ochoa Uribe, Gabriel Valencia y Luis E. Triana, pues ellos se limitan a dar explicaciones sobre los molinos californianos, pero en ninguna parte dicen que el molino montado por Arbeláez no lo sea.

Por todos esos conceptos y a consecuencia de esos errores estima violados los artículos 594, 601, 697 y 723 del C. J., los que si hubieran sido aplicados habrían obligado a reconocer la prueba completa del cumplimiento del contrato por parte de Arbeláez, con la instalación del segundo molino. Y por esos mismos errores violó también los artículos 1546 y 2003 del C. C.

Se considera:

Luégo de hacer un estudio minucioso

tanto de los testimonios anotados como de los dictámenes periciales de que se acaba de hacer mérito, concluye la Corte que el Tribunal no incurrió en error de hecho evidente y manifiesto en la apreciación de esas pruebas.

Al efecto, dos son las cuestiones que se dilucidan con vista de esos elementos probatorios: primera: si el molino segundo montado es californiano o de tipo y modelo californiano, idéntico al primero como lo estatuye el contrato, y segunda: si fue instalado en el sitio o lugar más conveniente previsto por las partes.

En cuanto a la primera cuestión, los testimonios aducidos por las partes fueron estimados y apreciados por el Tribunal dentro de su valoración legal. En la mayoría de tales testimonios dedujo que el segundo molino no era fabricado en California ni era de tipo o modelo californiano, ni tampoco era apto para la explotación del mineral, sino para su cateo o exploración, y en ninguno de esos testimonios aparece demostrado hecho alguno distinto de los acogidos por la sentencia. La prueba pericial también confirma esas conclusiones y en ellas se afirmó el Tribunal cuando dijo: "A pesar de algunas declaraciones de testigos que dicen ser californiano el molino en discusión, este Despacho, en vista de que el contrato es ley para las partes y que las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte (artículo 26 del C. C.), se atiene (sic) y acepta el concepto uniforme presentado por los peritos Triana y Ochoa, según el cual, no es californiano el molino con el cual el señor Nepomuceno Arbeláez pretedió cumplir con la obligación a él impuesta por la primera parte del aparte E) de la cláusula quinta".

Por lo demás, es pertinente recordar aquí que los Tribunales de instancia gozan de libertad de criterio para apreciar los elementos probatorios del proceso, dándoles el valor demostrativo que estimen conveniente, dentro de la tarifa legal reconocida por nuestro derecho probatorio y de las reglas de la sana crítica y a la Corte no le es dable rectificar ese juicio sino cuando aparezca con toda evidencia que el juzgador incurrió en error de hecho manifiesto en esa apreciación, o en error de derecho en cuanto al mérito que pudo haberles otorgado para la decisión de la controversia. Así lo tiene resuelto esta Sala en numerosos fallos, entre otros en la sentencia de 4 de abril de 1936. (G. J., números 1911 y 1912, página 798).

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo. Gira este cargo alrededor del mismo tema presentado en el anterior y que se relaciona con la estimación que se hizo de las pruebas testimonial y pericial y de varias cartas remitidas por el presidente de la sociedad actora al demandado, pocos días antes de vencerse el término señalado para el montaje del segundo molino. Estima el recurrente que el Tribunal cometió varios errores al no considerar cumplida la obligación en el día fijado, al aceptar que esas cartas son el desahucio de la expiración del contrato, al sostener que hay relación entre tales cartas y los testimonios de Torres y Marín, en la deducción de que por no estar instalado el 7 de abril no pudo estarlo el 13 de ese mismo mes, en que se dejó a elección del demandado la escogencia del sitio para el montaje del molino, y en que consideró que los dos molinos del contrato debían reunir condiciones específicas iguales. Estima violados los artículos 28, 29, 1546, 1602, 1618 y 2000 del C. C.

Considera la Corte que todas esas cuestiones fueron ampliamente estudiadas en la sentencia con vista del haz probatorio y no aparecen en parte alguna los errores anotados. Como ya se hicieron en el capítulo anterior las reflexiones pertinentes, que no le permiten a la Corte rectificar las apreciaciones del Tribunal, no es necesario reproducirlas nuevamente. No procede este cargo y debe desestimarse.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el día tres de agosto de mil novecientos treinta y ocho, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

REIVINDICACION.—IDENTIFICACION DE PREDIOS.

1.—El reivindicador debe demostrar plenamente: que es propietario de la cosa que pretende reivindicar; que dicha cosa aparece debidamente determinada, individualizada o identificada, y que el demandado es el actual poseedor de ella.—2.—La prueba adecuada por excelencia para determinar un predio o para demostrar que está comprendido dentro de otro, es la inspección ocular con intervención de peritos, practicada en conciencia, mediante recorrido y examen prolijo de los linderos de uno y otro predio, con vista de los títulos de propiedad respectivos y la consiguiente identificación de tales linderos y demás circunstancias indispensables para adquirir la convicción perfecta de que el un terreno hace parte del otro, o está comprendido dentro de él, o no, lo cual no quiere decir que se excluyan los otros medios de prueba, que pueden aceptarse también, y así lo tiene resuelto la Corte en varios fallos. Para que sea admisible la prueba testimonial en este caso, ella debe reunir condiciones especiales de claridad y convicción, y los testigos deben referirse a hechos que hayan presenciado y de los cuales pueda deducirse, sin lugar a duda, la determinación de la finca que se necesita identificar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El señor Salvador Sierra, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario ante el Juez 2º del Circuito de San Andrés contra el señor Eulogio Hernández y pidió que, por sentencia definitiva, se decidiera:

"1º Declarar que Salvador Sierra es dueño o propietario legítimo del terreno denominado EL CIENTARO, por los linderos que dejo relacionados, como parte integrante que es del fundo llamado SANTO DOMINGO, que compró a Ezequiel Pinto y Pedro Alcántara Quintero por la escritura anteriormente citada;

"2º Condenar al demandado señor Eulogio Hernández a restituirle dicha finca o porción de terreno, con los frutos que hubiese producido o pudiera producir desde cuando aparezca ser detentador hasta su efectiva entrega; y

"3º Condenarlo a pagar las costas que a mi poderante ocasione este juicio que se halla obligado a proponerle".

El demandado contestó oponiéndose a la acción incoada; propuso la excepción perentoria de carencia de acción, y presentó demanda de reconvención contra Sierra, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que soy dueño legítimo y poseedor de buena fe de un terreno denominado EL CIENTARO, situado en el corregimiento de LAGUNA DE ORTICES, del territorio del Municipio de San Andrés, limitado así: por el costado norte, con predio del demandado Salvador Sierra, que fue antes de Pedro Alcántara Quintero, partiendo del punto donde terminan los límites de los predios que fueron de Daniel Quintero y mío y empiezan los de Salvador Sierra y el que se describe. línea recta a los límites con territorio del Municipio de Molagavita, pasando por un blanco que tiene la peña llamada de SANTO DOMINGO, sin cerca divisoria; por cabecera u oriente, cordillera al medio, con el Municipio de Molagavita; por el costado sur. con otro predio mío situado en el territorio de Molagavita y con predios de la sucesión de Ildefonso Prada y con de Gabriel Soto, promediando la cuchilla de LA CORCOBA; y por el pie u occidente, con predios que fueron de Gabriel Soto, Miguel María Prada y Daniel Quintero, sin cerca divisoria.

"Segunda. Que soy poseedor regular y de buena fe del terreno descrito en la petición anterior.

"Tercera. En forma subsidiaria y para el caso de que no proceda la primera de-

claración que solicito, que se declare que son de mi exclusiva y legítima propiedad todas las mejoras de cualquier clase que a mi costa tengo hechas en el inmueble que queda descrito, como poseedor de buena fe, y que tengo derecho a retener dicho terreno en mi poder aun cuando el dominio se reconozca en favor del señor Salvador Sierra, mientras ese señor no me pague el valor de dichas mejoras, las cuales consisten en corte de árboles que formaban el bosque o selva de que estaba cubierto, sembrar pastos, destruir la empalizada en parte, y hacer potrero para la cría de ganados.

"Cuarta. Que se condene al señor Salvador Sierra a pagarme la suma de cinco mil pesos ($ 5.000) o la que se fije pericialmente, como valor de las mejoras de que trata el punto anterior.

"Quinta. Que el señor Salvador Sierra debe pagarme las costas de este juicio".

Llegada la oportunidad legal, el Juez del conocimiento decidió el pleito por sentencia del ocho de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, así:

"1º—No es el caso de decretar la excepción perentoria que de carencia de acción por parte del actor interpuso el demandado oportunamente.

"2º—Declárase que Salvador Sierra es dueño o propietario legítimo del terreno denominado EL CIENTARO, ubicado en el punto de LAGUNA DE ORTICES, de esta comprensión, alinderado: por el norte, con terreno de Salvador Sierra, antes de Pedro Alcántara Quintero, partiendo del punto donde terminan los límites de los predios de Daniel Quintero y Eulogio Hernández y empiezan los de Salvador Sierra y el que se va a describir, línea recta a un blanco que tiene la peña de SANTO DOMINGO; por cabecera u oriente, tomando el blanco de la peña de SANTO DOMINGO, con territorio del Municipio de Molagavita, cordillera al medio; costado sur, con territorio del Municipio de Molagavita y predios de la sucesión de Ildefonso Prada y de Gabriel Soto, promediando con los últimos la cuchilla de La Corcoba, que domina a la Laguna de Ortices; y por el pie u occidente, con predios del mismo Soto, de Miguel María Prada y Daniel Quintero, sin cerca divisoria.

"3º Condénase a Eulogio Hernández, mayor, vecino, a restituír a Salvador Sierra, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el terreno El Cientaro de que trata el punto 2º antecedente, por los linderos allí puntualizados.

"4º Condénase a Eulogio Hernández a pagarle a Salvador Sierra los frutos naturales y civiles del predio El Cientaro, percibidos con posterioridad a la contestación de la demanda, que lo fue el seis de mayo de mil novecientos veintinueve, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo tal predio en su poder, lo cual se cumplirá de conformidad con lo estipulado al respecto por el artículo 553 del Código Judicial.

"5º Absuélvese a Salvador Sierra de los cargos que se le formularon en la demanda de reconvención en este juicio, formulada por Eulogio Hernández con fecha seis de mayo de mil novecientos veintinueve, excepto en lo que se refiere a las mejoras útiles hechas por Eulogio Hernández en el predio El Cientaro, antes de contestar la demanda de fecha dieciocho de mayo de mil novecientos veintiocho, referida.

"6º Condénase a Salvador Sierra a pagarle a Eulogio Hernández el valor de las mejoras útiles que éste hubiera puesto en el predio El Cientaro de referencia, antes de contestar la demanda dicha, de fecha dieciocho de mayo de mil novecientos veintiocho, respondida el seis de mayo de mil novecientos veintinueve, valor que se determinará al tenor de lo ordenado por el artículo 553 del Código Judicial.

"Líbrese al Registrador de instrumentos públicos de este Circuito el oficio de que trata el artículo 42 de la Ley 57 de 1887, para la cancelación de la inscripción que se hizo allí de la demanda en este asunto.

"Sin costas".

De este fallo apeló el apoderado de Hernández, y concedido el recurso y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por sentencia del nueve de septiembre de mil novecientos treinta y nueve lo revocó y en su lugar absolvió a Eulogio Hernández de los cargos que le hizo en su demanda Salvador Sierra, y a éste de los que Hernández le formuló en su contrademanda.

Contra la sentencia últimamente aludida interpuso Sierra el recurso de casación, el que, debidamente preparado, se pasa a decidir.

Los cargos.

Tres son los cargos que se formulan en la demanda de casación:

I) Que la sentencia "es violatoria de la ley sustantiva, por infracción de los artículos 946, 950 y 952 y concordantes del Código Civil".

Para sustentarlo, sostiene el señor apoderado del recurrente que Sierra ha comprobado que adquirió el dominio del lote de terreno denominado **El Cientaro**, por medio de la escritura número 161, del 3 de abril de 1910, extendida en la Notaría de San Andrés, y que los títulos de sus antecesores en esa propiedad se remontan hasta el año de 1875; que con las declaraciones de los testigos presentadas por Sierra se demuestra que el lote de terreno denominado **El Cientaro** es parte integrante del predio conocido con el nombre de **Santo Domingo**; que a esa conclusión se llega al examinar los títulos presentados por Sierra, conforme a los cuales el predio de **Santo Domingo** "linda por la cabecera con terrenos de Barajas y Quintero **y también** con territorio del Municipio de Molagavita", y que si se le quita el terreno de **El Cientaro, Santo Domingo** no quedaría colindando con Molagavita. Agrega que el demandado, al contestar la demanda y señalar los linderos que según él debe tener el predio de **Santo Domingo**, confiesa que en virtud de habérsele arrebatado una parte del terreno, la propiedad de Sierra no alcanza a colindar en la actualidad con el Municipio de Molagavita, porque se interpone el terreno disputado, denominado **El Cientaro.**

II) Que "el Tribunal sentenciador incurrió en apreciación errónea de las escrituras presentadas por el demandado, y violó así los artículos 1758, 1759 y concordantes del Código Civil y del Código Judicial".

Dice el recurrente que Eulogio Hernández presentó como títulos de propiedad de **El Cientaro** la escritura número 393, del 24 de diciembre de 1923, de la Notaría 1ª de San Andrés, por la cual Pantaleón Gómez le vendió dicho terreno a Hernández; la escritura número 428, del 3 de diciembre de 1922, de la Notaría 2ª de San Andrés, por la cual Pantaleón Gómez le compró el mismo terreno a Lorenzo Pinto, quien dijo en ella que lo adquirió "por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Gabino Pinto, ya por remate en pública subasta como por herencia". Como comprobación de la adjudicación —dice— trajo a los autos la copia de la diligencia de remate hecho por Lorenzo Pinto el 23 de noviembre de 1906, en el Juzgado 3º del Circuito de Málaga, remate decretado en el juicio de sucesión de Gabino Pinto, y según la cual consta que a Lorenzo Pinto se le adjudicaron "los derechos correspondientes a la sucesión de Gabino Pinto, representados en cuatro reconocimientos en un terreno común, ubicado en el punto de **Reventón,** fracción de **Laguna de Ortices,** del Municipio de San Andrés, determinado por los linderos generales indicados allí.

Anota el recurrente que de acuerdo con la diligencia de remate Lorenzo Pinto adquirió los derechos correspondientes "a cuatro reconocimientos", es decir, que no adquirió cuerpo cierto, un terreno determinado, sino derechos en un globo de tierra proindiviso, señalado por linderos muy distintos a los que figuran como demarcación de **El Cientaro** en la escritura por la cual Lorenzo Pinto vendió a Pantaleón Gómez, y que Pinto no podía vender sino lo que adquirió, esto es, derechos, a menos que el terreno común se hubiera dividido entre los comuneros, pero que no se trajo a los autos el comprobante respectivo, ni siquiera se alegó que el terreno se partiera.

Sostiene que Lorenzo Pinto estaba obligado a expresar en la citada escritura número 428, del 3 de noviembre de 1922, el valor del derecho primitivo que adquirió, especificando qué derechos vendía y cuáles se reservaba, so pena de ser nulo el contrato celebrado, al tenor del art. 89 de la Ley 30 de 1888, y que como en la mencionada escritura se omitieron esas formalidades, es nulo el contrato allí estipulado, y en consecuencia "el título otorgado por Gómez a Eulogio Hernández también lo es, porque procede de quien en realidad nada adquirió.

Alega, además, que la copia de la diligencia de remate presentada no tiene mérito probatorio alguno, porque está autorizada únicamente por el Secretario del Juzgado, cuando debía estarlo también por el Juez, de acuerdo con el artículo 1072 del Código Judicial anterior.

De todo ello deduce el recurrente que el Tribunal hizo apreciación errónea de las escrituras presentadas por Eulogio Hernández.

Dice que el Tribunal incurre igualmente en error gravísimo al deducir que el terreno de El Cientaro no está incluído en la venta que Pedro Alcántara Quintero hizo a Salvador Sierra, porque precisamen-

te en la hijuela de Pedro Alcántara se expresa que se le adjudicó una porción de terreno en el sitio de La Aguada, que linda por el Sur "cerca de piedra y vallado por medio, línea recta hasta lindar con terrenos de Molagavita", y "por cebecera los límites de Molagavita"; que estos linderos coinciden con los que se indican en la escritura por la cual Pedro Alcántara Quintero le vendió a Salvador Sierra, y que esta coincidencia, unida a la confesión que hace el demandado en la contestación de la demanda de que el terreno poseído en la actualidad por Sierra no colinda con Molagavita, es un indicio vehementísimo de que el predio de Sierra no llega a Molagavita por la usurpación que de El Cientaro ha hecho Eulogio Hernández.

III) Que "el Tribunal sentenciador incurrió en apreciación errónea de la prueba testimonial y violó así el artículo 697 y concordantes del Código Judicial y los artículos 740, 745, 756, 762 y 946 del Código Civil.

Dice el recurrente que Dionisio Pineda, Teófilo Bohórquez, Sebastián Hernández y Emilfio Castellanos, testigos aducidos por Sierra, conocen por sus linderos el terreno de Santo Domingo y el de El Cientaro, y aseguran que éste formó parte de aquél hasta el año de 1923, en que Eulogio Hernández se posesionó de El Cientaro; que Sierra estuvo poseyendo y ejecutando actos de dominio sobre este terreno desde 1910 hasta 1923, en que Hernández le arrebató la posesión.

Que a pesar de reunir dichos testimonios todos los requisitos legales, el Tribunal los rechaza y desestima, alegando que los declarantes no hacen alusión alguna a los títulos de dominio, y que los conceptos del Tribunal quebrantan gravemente los preseptos legales citados, porque rechaza una prueba que la ley acepta.

Sostiene que el Tribunal confunde lastimosamente la tradición, el dominio y la posesión, fenómenos jurídicos que la ley distingue. Que Sierra probó la propiedad del terreno disputado con las correspondientes escrituras por las cuales lo adquirieron él y sus antecesores, y que con los testimonios referidos comprobó la posesión que tuvo hasta el año de 1923 y el hecho de que ese terreno hacía parte de Santo Domingo.

Agrega que tiene mayor valor el testimonio de quien afirma que conoce un terreno por haber recorrido los linderos, que el de quien dice conocerlos por haber leído la escritura de compraventa, porque el que se halla en el primer caso los conoce por propia y directa percepción.

Que es con la prueba testimonial como se demuestra la posesión material, y que de acuerdo con la teoría del Tribunal no se podría establecer que se ha adquirido un terreno por prescripción extraordinaria, porque el poseedor no tendría títulos para comprobar los linderos del terreno.

Termina el recurrente diciendo que en cambio el Tribunal acepta los testimonios aducidos por Hernández, sin tener en cuenta que se refieren a escrituras que están afectadas de nulidad, y pide que se case la sentencia y se condene al demandado de acuerdo con las peticiones de la demanda.

Se considera:

Conforme al artículo 946 del Código Civil, la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla.

Según esto, para que la demanda prospere, el actor debe demostrar plenamente: que es propietario de la cosa que pretende reivindicar; que dicha cosa aparece debidamente determinada, individualizada o identificada, y que el demandado es el actual poseedor de ella.

Afirma el recurrente que Sierra comprobó ser dueño del terreno que pretende reivindicar, con los títulos de propiedad que presentó, porque sostiene que el terreno denominado El Cientaro, sobre que versa el pleito, es parte integrante del predio conocido con el nombre de Santo Domingo, que fue la finca adquirida por Sierra.

El Tribunal hizo, en la sentencia acusada, un análisis muy prolijo y cuidadoso de los títulos presentados por ambas partes en el juicio, y llegó a la conclusión clara y terminante de que no es posible aceptar que del examen de dichos títulos se deduzca, sin lugar a duda, que aquel terreno esté comprendido en éste.

La Corte encuentra fundado ese estudio y le parece inútil repetirlo aquí, porque estima que necesariamente tendría que llegar a la misma conclusión, dado que la vaguedad de los linderos de los distintos predios a que se refieren las escrituras, la diversidad de colindantes y la ausencia en tales linderos de puntos conocidos de referencia, no le permiten tener por demostrado plenamente aquel hecho.

Asegura el recurrente que conforme a los títulos de Sierra, el predio de Santo Domingo debe lindar con territorio del municipio de Molagavita; y que si se le quita el terreno de El Cientaro no queda

ya lindando con el citado municipio, y que como en los linderos que Hernández le atribuye el predio de Sierra no aparece que linde con Molagavita, Hernández confiesa que El Cientaro es parte integrante de Santo Domingo, lo cual resulta, además, demostrado con las declaraciones de testigos aducidas por Sierra.

Se contesta:

Prescindiendo por ahora de las declaraciones que acaban de mencionarse, de las cuales se hablará adelante, al estudiar el tercer cargo, es incuestionable que no puede tenerse por probado en autos el hecho de que el terreno El Cientaro esté comprendido en el de Santo Domingo. Conforme a los títulos respectivos éste debe lindar, evidentemente, con territorio de Molagavita, pero no se ha demostrado que por interponerse aquél haya dejado Santo Domingo de lindar con el referido municipio.

Tampoco puede tenerse como una confesión por parte del demandado la circunstancia de que en los linderos que él señala a Santo Domingo no aparezca que limita con territorio de Molagavita, porque se interpone el terreno de El Cientaro, no sólo porque Sierra no ha afirmado tal cosa, sino porque la manifestación de Hernández no reúne los requisitos que exige el artículo 604 del Código Judicial para que exista la confesión.

El actor en el presente juicio no le dio importancia suficiente a la necesidad indispensable de comprobar plenamente la singularización del terreno disputado. Para ello ha debido demostrar que ese terreno hace parte integrante del predio de Santo Domingo, o que está comprendido en él. Ha debido probar igualmente que el terreno de El Cientaro se interpone entre Santo Domingo y los límites del municipio de Molagavita, y que por esa interposición Santo Domingo no linda en la actualidad con el indicado municipio. Pero ninguno de esos aspectos del problema resulta comprobado, de manera satisfactoria.

La prueba adecuada por excelencia para demostrar los hechos que se dejan anotados, es la inspección ocular con intervención de peritos, practicada en conciencia, mediante recorrido y examen prolijo de los linderos de uno y otro predio, con vista de los títulos de propiedad respectivos y la consiguiente identificación de tales linderos y demás circunstancias indispensables para adquirir la convicción perfecta de que el un terreno hace parte del otro, o está comprendido dentro él, o no, lo cual no quiere decir que se excluyan los otros medios de prueba, que pueden aceptarse también, y así lo tiene resuelto la Corte como posteriormente se verá.

En el juicio que se estudia se practicó no sólo una sino dos inspecciones oculares, pero ninguna de ellas puede apreciarse, porque no reúnen las formalidades legales, toda vez que el concepto de los peritos no se puso en conocimiento de las partes. Además, son tan deficientes las practicadas, que casi pudiera decirse que el Juez no intervino para nada, o por lo menos no puede saberse qué concepto se formó de él, que es el fin de la inspección, como se deduce de lo establecido en los artículos 724, 725, 727 y 728 del Código Judicial. De otro lado, el dictamen de los peritos es tan vago e incompleto, que puede sostenerse que ellos no abarcaron todos los aspectos del problema, ni expresaron con claridad las razones en que se fundaron. Uno de los peritos dijo sencillamente que por las razones aducidas por otro, estaba de acuerdo con él, y aunque el Juez le ordenó que ampliara y fundara su dictamen, no aparece que lo hiciera.

Además, las dos inspecciones son contradictorias, porque según la una, **El Cientaro** hace parte de **Santo Domingo,** y según la otra no. En ninguna de ellas aparece que el Juez tratara de precisar o aclarar debidamente los hechos que las inspecciones se proponían demostrar.

Nada se dice tampoco en las diligencias de inspecciones oculares sobre el hecho afirmado por el recurrente, de que el terreno de **El Cientaro** se interpone entre los terrenos de **Santo Domingo** y el territorio del Municipio de Molagavita.

De todo lo dicho se deduce que no resulta probado el cargo que se analiza, y, por lo tanto, se desecha.

Los argumentos expuestos por el recurrente para fundar el segundo cargo tendrían bastante importancia y fuerza si el fallo acusado se hubiera apoyado en las escrituras presentadas por Eulogio Hernández para resolver que **El Cientaro** es de su propiedad; pero como allí se dijo, precisamente, qué no se hacía la declaración pedida por Hernández porque no se consideraba suficientemente probado su derecho de dominio en el referido terreno, tales argumentos caen por su base, máxime si se tiene en cuenta que Hernández ha podido no presentar título alguno y habría tenido que ser absuelto, pues ya se ha visto que el demandante

no logró probar que El Cientaro esté comprendido dentro de Santo Domingo, ni que haga parte de él, ni que se interponga entre Santo Domingo y el Municipio de Molagavita, o, lo que es lo mismo, no demostró la identidad o singularización del terreno que pretende reivindicar, y conforme a la ley le correspondía suministrar la prueba plena de ese hecho.

Para el recurrente es indiscutible que el terreno de El Cientaro hace parte de La Aguada, que Pedro Alcántara Quintero le vendió a Salvador Sierra, porque en alguna parte coinciden los linderos respectivos, e insisten en que esa coincidencia unida a la confesión de Hernández de que Santo Domingo no linda en la actualidad con Molagavita, demuestra la usurpación hecha por Hernández.

Para contestar estos razonamientos basta repetir que no se demostraron los hechos alegados por el recurrente, y que atrás se vio que la manifestación de Hernández no puede tener el carácter de una confesión de parte.

De consiguiente, no prospera tampoco este cargo.

Como tercer cargo alega el recurrente que el fallo acusado incurrió en apreciación errónea de la prueba testimonial, porque dice que con las declaraciones de Dionisio Pineda, Teófilo Bohórquez, Sebastián Hernández y Emilio Castellanos se demostró que El Cientaro hacía parte de Santo Domingo hasta cuando Hernández se apoderó de él, y que el Tribunal desestimó esa prueba, que la ley acepta.

Se observa:

Es verdad que la Corte ha aceptado la prueba testimonial para demostrar la identidad de un terreno, y también lo es que la ley no ha dicho que sea inadmisible, aunque está fuera de discusión que para el fin indicado se ajustan mejor a la técnica jurídica, por ser más pertinentes y adecuadas, la inspección ocular y el concepto pericial, toda vez que para saber si un predio está comprendido en otro, o si hace parte de él, o cuáles son los linderos correspondientes de uno y otro, según los títulos de propiedad respectivos, es indispensable hacer apreciaciones y emitir conceptos razonados, misiones que corresponden a los peritos y no a los testigos, ya que éstos sólo deben, conforme a la ley, relatar los hechos que hayan visto o presenciado, sin que les sea permitido expresar opiniones o hacer conjeturas para llegar a determinadas conclusiones. De consiguiente, para que la prueba testimonial sea eficaz en estos casos, debe reunir condiciones especiales de claridad y convicción, y los testigos deben referirse a hechos que hayan presenciado y de los cuales pueda deducirse, sin lugar a duda, la determinación de la finca que se necesita identificar.

En el caso presente, los cuatro testigos presentados por Sierra, o sean Pineda, Bohórquez, Hernández y Castellanos, dicen simplemente que conocen de vista el terreno denominado Santo Domingo, que tiene tales linderos, y que por ese conocimiento de vista que tienen de él, saben y les consta que dentro de la demarcación respectiva se encuentra comprendido un lote de terreno denominado El Cientaro, cuyos linderos indican.

Como se ve, los testigos ni siquiera dicen que conocen los linderos de ambos predios por haberlos recorrido, ni exponen hecho alguno que demuestre la veracidad de sus afirmaciones, y se limitan a sostener que por el conocimiento de vista que tienen de los dos prédios, saben y les consta que el uno está comprendido dentro de la demarcación del otro, es decir, exponen una opinión o expresan un concepto sin que indiquen a la vez las razones en que se fundan.

Pero hay más: en contraposición a estos testigos están Cecilio Prada, Nicomedes Quintero y Agapito Prada, cuyas declaraciones adujo Eulogio Hernández, y quienes afirman que El Cientaro, Reventón y Monte de la Aguada, a lo cual puede agregarse que cuatro de los seis peritos que intervinieron en las inspecciones oculares están de acuerdo en ese concepto, y si es verdad que a las exposiciones de dichos peritos no puede dárseles pleno valor probatorio, por las razones que atrás quedaron consignadas, sí sirven, por lo menos, para concluír que no es posible aceptar que el demandante haya cumplido su obligación de probar plenamente la identidad del terreno que pretende reivindicar.

De lo expuesto se excluye que tampoco es aceptable el cargo que se estudia. En consecuencia, se desecha.

Resumiendo, puede decirse que el demandante no probó que es propietario del terreno que pretende reivindicar, porque no demostró la identidad o singularización de él. De consiguiente, la sentencia acusada no incurrió en apreciación errónea de los títulos de propiedad allegados al juicio, ni de la prueba testimonial presentada por el actor, ni violó, por tanto, las disposiciones legales citadas por el recurrente.

Fundada en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha nueve de septiembre del año próximo pasado.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

RECURSO DE HECHO

No hay lugar a recurso de casación contra las sentencias que decidan los juicios especiales de deslinde. Tal recurso es procedente sólo cuando el juicio especial se convierte en ordinario.

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

(Magistado ponente: doctor Isaías Cepeda).

El señor Germán Molina Callejas, por escrito del cinco de los corrientes, interpuso ante la Corte recurso de hecho para que se le conceda el de casación a que cree tener derecho contra la sentencia de fecha diez de julio del presente año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio especial de deslinde de las minas denominadas **Resumideros** y **El Cedro**, recurso de casación que le fue negado por dicho Tribunal en su auto del quince de julio citado, sostenido en el de dos de agosto siguiente.

Para resolver se considera:

El señor Julio Restrepo denunció para sí y para los señores Benjamín Restrepo, Martín E. Monsalve, Antonio J. Aguilar, Martiniano Cuartas, Eleuterio Botero y Pedro Luis Gómez, una mina de oro de aluvión, de antiguo descubrimiento y abandonada, situada en el municipio de Yolombó, en el paraje denominado **El Cedro**, mina que habrá de llevar este nombre. El denunciante dijo que ignoraba quiénes fueron los últimos poseedores y que eran colindantes los señores Ricardo y Enrique González.

Seguida la actuación correspondiente, se comisionó al alcalde de Yolombó para dar posesión de la mina, y al verificarse la diligencia respectiva se opuso el señor González, como socio de la mina **Resumideros**, alegando que la mina de **El Cedro** afectaba en toda su extensión aquella mina, y que se fundaba para oponerse en el artículo 65 del Código de Minas.

Resuelto oportunamente por el Juez que debían ser actores en el juicio los denunciantes de la mina El Cedro, los señores Martiniano Cuartas, Eleuterio Botero H. y Julio Restrepo G. propusieron la demanda respectiva en la cual dijeron:

"Demandamos, pues, al señor don Ricardo González, mayor y vecino y conocido como opositor en el negocio a que nos referimos, para que por los trámites de un juicio de deslinde, se fijen los límites de la mina **Resumideros**, respecto de la mina **El Cedro**, según las determinaciones que a una y otra señalan, respectivamente, las diligencias de posesión de 6 de octubre de 1886 y 13 de junio de 1936".

Adelantado el juicio de deslinde, los peritos nombrados al efecto "presentaron su concepto acorde, por escrito, mediante una clara, razonada y científica exposición de los hechos y motivos que les llevó al convencimiento de poder opinar que la mina **El Cedro** queda contenida por completo dentro de la mina Resumideros. Como medio ilustrativo levantaron y acompañaron a su exposición el correspondiente plano de las minas en litigio".

Antes de seguir adelante, conviene advertir que el señor Pedro Luis Gómez, interesado en el denuncio de la mina **El Cedro** cedió al señor Germán Molina Callejas la mitad de los derechos que le correspondían. El señor Molina Callejas fue reconocido como interesado en el asunto.

El Juez del conocimiento falló el negocio por sentencia del doce de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, en la cual declaró "que no es el caso de fijar límites entre las minas **Resumideros** y **El Cedro**, ni hay lugar a deslinde alguno, ya que ésta queda comprendida íntegramente por aquélla. Por consiguiente, no es el caso de ordenar la prosecución de las diligencias administrativas, solicitadas por los demandantes".

Apelado el fallo por los señores Martiniano Cuartas y Germán Molina Callejas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín decidió el juicio el diez de julio del año próximo pasado.

En la sentencia respectiva dijo:

"La Sala en cumplimiento de su cometido entra a revisar el fallo, previa advertencia de que respecto de la primera parte de él, o sea a la declaratoria de que no hay

lugar a deslinde entre las minas **Resumideros** y **El Cedro,** porque el área o extensión de ésta está íntegramente comprendida en aquélla, según lo afirman los peritos que concurrieron a la diligencia de apeo practicada, en su dictamen, no forma parte de la apelación, porque los denunciantes de la mina **El Cedro,** en sus alegaciones de ambas instancias, aceptan ese hecho, el cual por otra parte es suficientemente claro y no da lugar a discusión.

"El punto debatido radica, por lo tanto, en la segunda parte del fallo transcrito, o sea el relativo a que "no es el caso de ordenar la prosecución de las diligencias administrativas....", punto éste donde las partes contendoras sostienen tesis absolutamente encontradas".

La parte resolutiva de dicha sentencia es del siguiente tenor:

"Por lo expuesto el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el fallo apelado en cuanto declara que no es el caso de fijar los límites entre las minas **Resumideros** y **El Cedro** y que no hay lugar a deslinde alguno, ya que ésta queda comprendida íntegramente en aquélla, y lo revoca en la parte que dispuso que no era el caso de ordenar la prosecución de las diligencias administrativas solicitada por los demandantes".

Como se ve, no cabe duda alguna de que en el presente caso se promovió y siguió un juicio especial de deslinde, conforme a los artículos 65 y 404 del Código de Minas.

De tales juicios pueden originarse los correspondientes juicios ordinarios, pero únicamente en el caso contemplado en el artículo 411 de allí y para los fines indicados en el 412 del mismo Código, y nada de eso ha ocurrido en el juicio que se estudia, porque no sólo no hubo deslinde, por las razones indicadas en los fallos ya analizados, ni, por consiguiente, línea divisoria qué objetar en juicio ordinario, sino que los actores aceptaron el concepto pericial, según el cual la mina **El Cedro** queda comprendida íntegramente en la mina **Resumideros.** Por tanto, el juicio especial de deslinde no asumió el carácter de ordinario, y los actores tendrán que hacer valer los derechos que crean tener por otro de los medios reconocidos por la ley.

Establecido claramente que la sentencia contra la cual quiere interponerse el recurso de casación no fue dictada en juicio ordinario, sino en juicio especial de deslinde, es forzoso concluír que el recurso de hecho no puede prosperar, porque dicha sentencia no es de las sujetas a casación, según el artículo 519 del Código Judicial.

En consecuencia y fundada en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, considera bien denegado el recurso de que se trata, y ordena ponerlo así en conocimiento del inferior, para que conste en los autos.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Liborio Escallón. — Daniel Anzola.— Isaías Cepeda. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Secretario en ppd.

ACCION DE NULIDAD RELATIVA DE UNOS CONTRATOS Y OTRAS — EDAD DE UNA PERSONA Y MANERA DE ESTABLECERLA — CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL. APRECIACION DE PRUEBAS Y DE INDICIOS

1. Aunque en determinadas circunstancias la edad de una persona puede constituír un elemento fundamental para conocer y precisar un estado civil, de eso no puede concluírse que siempre que se requiera evidenciar en juicio la edad de una persona tal exigencia de orden meramente procesal, que mira especialmente a su capacidad para adquirir derechos o para obligarse, se identifique con su estado civil y sea de necesidad acudir a los medios probatorios operantes del estado civil para establecer judicialmente la edad de una de las partes. — 2. La edad de una persona puede establecerse de conformidad con los medios señalados en el artículo 400 del C. C., o por medio de presunciones simples, deducidas y reconocidas por el juzgador, cuando tales presunciones se originan de hechos indiciarios que al ser analizados guardan la debida coordenación entre sí, y aunque no alcancen a ser necesarios sí sean graves, precisos o conexos de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. — 3. Acepta la Corte que es acto que concierne exclusivamente a la conciencia individual del juzgador la estimación del grado de certidumbre que arroje la prueba indiciaria, lo cual veda que en la mayoría de los casos tal prueba sea revisable en casación, mientras no se demuestre que son falsos los hechos accesorios o se evidencie su falta completa de relación con el que se pretende dar por establecido. Por eso la Corte, en repetidos fallos, ha sentado que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea; con la reserva de que cuando la inducción del juzgador es manifiestamente absurda, de suerte que sus razonamientos sean opuestos a la posibilidad metafísica, natural o de sentido común, es dable a las partes acusar el error de hecho en la apreciación de los indicios, y a la Corte ejercitar su suprema potestad de revisión en este recurso.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1º Por medio de la escritura pública número 2177, de 30 de septiembre de 1933, de la Notaría 4ª de esta ciudad, la señora Beatriz Pacheco de van Meeck, entonces soltera y menor de edad, vendió a la señora Isabel Rodríguez de Albarracín la mitad de una casa y sus locales anexos, situada dicha finca en la esquina que forma la calle 18 con la carrera 7ª de esta ciudad, por los linderos allí determinados.

2º Por escritura pública número 379, de 22 de febrero de 1935, de la Notaría 2ª de Bogotá, la misma señora Pacheco de van Meeck, debidamente autorizada por su esposo Juan van Meeck Uribe, celebró un contrato con el doctor Jorge Giraldo Urdaneta, en virtud del cual le confirió poder a éste para establecer varias acciones contra la señora Rodríguez de Albarracín, solicitando la rescisión de la venta que siendo menor de edad, hizo a esta última de la finca raíz antes mencionada.

3º En el referido instrumento número 379, la poderdante señora Pacheco de van Meeck transfirió a su apoderado Giraldo Urdaneta "el pleno dominio en el 50% de los derechos litigiosos de que se trata..... ..... vinculados tales derechos y acciones en una casa alta y baja.....", cuya ubicación y linderos están determinados en el punto primero anterior.

4º Sostiene la poderdante y vendedora señora Pacheco de van Meeck que el día 22 de febrero de 1935, en que celebró los referidos contratos con el doctor Giraldo

Urdaneta, por medio de la escritura número 379 de 1935, era menor de edad y de tal hecho tenía conocimiento el apoderado y comprador mencionado.

Juicio ordinario

El 11 de febrero de 1936 Juan José van Meeck, en representación de su legítima esposa Beatriz Pacheco, quien se ha dicho menor de edad, promovió por medio de procurador demanda civil ordinaria ante el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá, solicitando que se declare: a) Que es nulo de nulidad relativa el contrato de cesión a título de venta contenido en la escritura 379 de 1936, por medio del cual Beatriz enajenó a Giraldo el 50% de los derechos y acciones que dicha otorgante pueda tener en el derecho litigioso contra la señora Rodríguez de Albarracín; b) Que es igualmente nulo el contrato de mandato conferido por ese instrumento; c) Que son también nulas las estipulaciones 5ª y 6ª de dicha escritura, que establecen prohibiciones y sanciones para el mandante; d) Que se cancelen las inscripciones hechas en la Oficina de Registro respecto del mismo instrumento; e) Que quedan rescindidos y sin efecto alguno los contratos contenidos en la ya citada escritura; f) Que los derechos y acciones que Beatriz tiene vinculados a dicho inmueble vuelvan al estado en que estaban antes de otorgarse el instrumento mencionado; g) Que es nulo y carece de todo valor y efecto el contrato de venta que le hizo Giraldo Urdaneta a Alfonso Arenas, del cincuenta por ciento de tales derechos y acciones, por escritura número 583, de 13 de marzo de 1935, de la Notaría 2ª de Bogotá; h) Que debe cancelarse el registro de esta última escritura; i) Que la Pacheco no se enriqueció más con motivo de los actos y contratos cuya nulidad se demanda.

El juez **a quo**, previa la tramitación legal, falló la primera instancia en sentencia fechada el 21 de octubre de 1938, declarando nulos de nulidad relativa, por causa de la menor edad de la vendedora Beatriz Pacheco de van Meeck, los contratos que constan en la escritura número 379 de 1935; declara sin efectos la referida escritura y ordena la cancelación de los registros; niega la declaratoria de nulidad del contrato de venta celebrado entre Giraldo Urdaneta y Alfonso Arenas, respecto de los mismos derechos y acciones en la finca ya determinada y deja vigentes las inscripciones respectivas.

Se funda el juez de instancia para decretar la rescición en que según la copia de la partida agregada a los autos y extendida por el Secretario del Tribunal Superior de Bogotá la vendedora Beatriz era menor de edad y sólo tenía 19 años cuando celebró con Giraldo los contratos de mandato y de cesión de derechos litigiosos a que se refiere la tántas veces nombrada escritura 379. Siendo relativamente incapaz para obligarse por sí sola, los contratos a que se refiere la demanda adolecen de nulidad relativa, que solo pueden sanearse por la ratificación posterior y por el transcurso del tiempo.

La sentencia acusada

De tal fallo de primer grado apeló únicamente el demandado Giraldo Urdaneta, limitándose el recurso, por esa circunstancia, a revisar las declaraciones primera y segunda de la parte resolutiva, únicas desfavorables al apelante, y quedando en todo su vigor la declaración que negaba la rescisión de la venta subsiguiente de Giraldo a Arenas, según instrumento número 583 de 1935.

El Tribunal Superior de Bogotá puso término a la segunda instancia en sentencia fechada el 4 de diciembre de 1939, por medio de la cual revocó la de primer grado y en su lugar resolvió que no era el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas sobre rescisión de tales contratos.

Sustenta el Tribunal este fallo absolutorio en la circunstancia primordial de que como únicas pruebas sobre la edad de la actora obran en el expediente dos documentos que, a su juicio, no alcanzan a producir tan importante efecto probatorio. Uno de tales documentos es el certificado eclesiástico expedido por el capellán del hospital de San Juan de Dios de Bogotá, que contiene una partida de bautizo de Beatriz, sentada a virtud del fallo eclesiástico pronunciado por el Provisor de la Curia Primada de esta ciudad, y sostiene el Tribunal que conforme el artículo 22 de la ley 57 de 1887 tal certificado eclesiástico no puede ser admitido como prueba principal de estado civil sino como prueba supletoria; y en este último caso, es indudable para el Tribunal que la falta de prueba principal debió ser suplida de conformidad con las disposiciones de la ley civil y con intervención de

la jurisdicción civil, para que pudiera aceptarse en todo su valor demostrativo. Hace una larga disertación sobre tan importante tópico y concluye desestimando tal elemento probatorio.

El otro documento consiste en una copia que expide el Secretario del Tribunal Superior de Bogotá de un certificado eclesiástico de bautizo de Beatriz, tomada dicha copia del ordinario que siguió Beatriz contra la señora Isabel Rodríguez de Albarracín. También desestima el Tribunal este elemento probatorio porque, a su decir, se trata de una "copia tomada de otra copia", con la cual se ha pretendido establecer la edad de la señora demandante; y agrega que las partidas de origen eclesiástico son instrumentos públicos auténticos en cuanto estén autorizados por el cura párroco, que hace las veces de Notario. Según el artículo 632 del C. J., sólo hacen plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos, los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidos formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, y las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes. Luego no siendo el documento que figura en autos de las condiciones o requisitos que contempla tal precepto legal, no puede estimarse en este juicio.

El recurso de casación

Contra la sentencia anterior del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la actora Beatriz Pacheco de Van Meeck y la acusa por el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J., esto es, por violación de ley sustantiva, que hace consistir en errónea apreciación de una prueba y falta de apreciación de otras.

Primer cargo

Errónea apreciación de una prueba relativa a la minoridad de la actora, habiéndose incurrido con ello en error de derecho.

Sostiene el recurrente que ha existido una tendencia general a confundir el estado civil de las personas con su capacidad civil. Es claro que el artículo 349 del C. C. se refiere exclusivamente a las actas de registro de estado civil cuando se pretende demostrar ese estado. Si con el acta de nacimiento se pretende demostrar derechos de familia se trata indiscutiblemente de la prueba relativa al estado civil. Si solo se quiere establecer la edad de una persona, se trata entonces solamente de la prueba relativa a un elemento integrante de la capacidad o incapacidad civil por razón de la mayoridad o minoridad que se alega.

Aunque el Tribunal habla en su fallo de pruebas relativas a la edad de Beatriz y de la edad que tuviera a la fecha del contrato, es lo cierto que al apreciar las pruebas acompañadas a la demanda sobre esa edad estima erróneamente que se trata de una prueba relativa al estado civil. Por ese aspecto considera el recurrente violados por aplicación indebida al caso del pleito los artículos 372, 374 del C. C. y 22 de la ley 57 de 1887; 1502, 1503, 1504, 1740, 1741, 1743, 1746 y 1750, por haberse abstenido de aplicarlos como ha debido hacerlo.

Segundo cargo

Falta de apreciación de unas pruebas relativas a la minoridad de la actora, habiendo incurrido en error de hecho que consta evidentemente en los autos.

Sostiene el recurrente que con ese criterio equivocado que confunde el estado civil con la capacidad el Tribunal olvida que la edad de la demandante está plenamente acreditada con otras pruebas, la mayor parte de las cuales no fueron apreciadas, como si no existieran en el expediente, incurriendo de esta manera en un error de hecho. Tales elementos probatorios no estimados en su valor son: a) las copias del segundo cuaderno (fs. 2 a 10), que son instrumentos públicos al tenor de los artículos 632 y 633 del C. J.; b) una copia auténtica de la partida de nacimiento de la actora (fl. 6 vto.); c) la copia de la demanda introducida por Giraldo contra la señora Rodríguez de Albarracín, en la que sostiene que la actora era menor de edad; d) la copia de la sentencia del Juzgado 5º del Circuito, en que está reconocida la menor edad de Beatriz, y e) la copia de la sentencia en que ese mismo Tribunal fallador reconoce ese hecho de la minoridad.

Al desconocer esas pruebas el Tribunal violó los preceptos legales ya indicados en el cargo anterior y los artículos 632 y 633 del C. J.

Estudio de los cargos.

—I—

La actora y recurrente en casación Beatriz Pacheco de Van Meeck funda la acción incoada en que era menor de edad cuando celebró con el demandado Giraldo Urdaneta el contrato de mandato y de venta de la mitad de los derechos litigiosos en la finca ya determinada. Para demostrar tan esencial circunstancia ha exhibido varios documentos, a saber: 1ª una certificación eclesiástica en que consta la sentencia de la Curia Primada de Bogotá que ordenó inscribir la correspondiente acta de bautizo de Beatriz al Capellán del Hospital de San Juan de Dios; 2ª copia de un certificado eclesiástico que contiene la partida de bautizo de la misma Beatriz que figura en otro proceso, que es copia expedida por el Secretario del Tribunal Superior de Bogotá y tomada de otra copia, en el juicio seguido en aquel Tribunal por Beatriz contra la señora Isabel Rodríguez de Albarracín; 3ª copia de la demanda redactada por el demandado Giraldo Urdaneta en aquel juicio, como apoderado de Beatriz Pacheco, y 4ª copia de la sentencia pronunciada por el Juez 5º del Circuito de Bogotá el 4 de noviembre de 1935, al fallar la primera instancia del ya mencionado juicio contra la señora de Albarracín.

Para determinar con toda precisión el alcance y operancia que debe asignársele en este pleito a tales elementos probatorios documentales conviene definir ante todo que, a juicio de la Corte, no se discute ni se controvierte en este negocio un problema de estado civil, encaminado a establecer en autos la situación o posición jurídica que la actora tiene en el seno de la sociedad, ni sus relaciones de familia como factor determinante, a su vez, de derechos patrimoniales o de simple vínculo de parentesco. Como bien dicen Colin y Capitant, "el estado de las personas es el conjunto de cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la ciudad y en la familia. Estas cualidades dependen de tres hechos o situaciones que son: la nacionalidad, el matrimonio y el parentesco, ya de consanguinidad, ya de afinidad".

En este proceso se trata solamente de establecer la edad de la actora cuando celebró con el opositor el contrato cuya rescisión se suplica, para decidir si efectivamente era menor de edad y por tanto relativamente incapaz. Se está en presencia de un fenómeno de capacidad civil para ejercer los actos propios de dicha actividad. Es evidente que en determinadas circunstancias la edad de una persona puede constituír un elemento fundamental para conocer y precisar un estado civil; pero de esto no puede concluírse que siempre que se requiera evidenciar en juicio la edad de una persona tal exigencia de orden meramente procesal, que mira especialmente a su capacidad para adquirir derechos o para obligarse, se identifique con su estado civil y sea de necesidad acudir a los medios probatorios operantes del estado civil para establecer judicialmente la edad de una de las partes.

De lo dicho se desprende que en el caso de autos bien se puede evidenciar en juicio la edad de la actora, no solamente con las pruebas pertinentes del estado civil, sino aun con otras que lo son para demostrar la existencia de un hecho de esa naturaleza, susceptible de demostración por otros medios, por caer bajo el dominio de los sentidos o de las elucubraciones inductivas y deductivas de la inteligencia humana, ayudada en algunos casos por la ciencia. Así lo consagra en nuestra legislación el artículo 400 del C. C., al estatuír que cuando fuere necesario calificar la edad de una persona para la ejecución de actos o ejercicios de cargos que requieran cierta edad, se admitirán declaraciones de personas que fijen la época de su nacimiento, y si no fuere posible hacerlo en esa forma, para establecer tal edad se oirá el dictamen de facultativos o de otras personas idóneas.

Consecuente con esa doctrina, considera la Corte que la edad de una persona, como elemento de su capacidad jurídica para obligarse o para actuar en el campo de la vida civil, puede también establecerse por medio de presunciones simples, deducidas y reconocidas por el juzgador, cuando tales presunciones se originan de hechos indiciarios que al ser analizados guardan la debida coordinación entre sí, y si bien no alcanzan a ser necesarios, sí son graves, precisos o conexos de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido (art. 665, C. J.).

Queda de esta manera definida la situación teórica fundamental que se dilucida en este pleito y rectificada la tesis sustentada por el Tribunal en la sentencia acusada, al haber pretendido apreciar y estimar los elementos probatorios do-

cumentales agregados al proceso como pruebas pertinentes del estado civil de la actora Beatriz Pacheco de Van Meeck, cuando sólo debió estudiarlos y avaluarlos como demostrativos de un factor de su capacidad. Y sea la oportunidad de señalar una manifiesta contradicción en que incurrió el Tribunal en esta importante materia, pues a la vez que enmarcaba la cuestión debatida como fenómeno de estado civil, en dos de los pasos más señalados de la sentencia alude exclusivamente a "pruebas relativas a la edad de la señora de Van Meeck" y "de la edad que tuviera en la fecha del contrato".

Se pasa ahora a estudiar si en realidad el Tribunal incurrió en error de apreciación, tanto de hecho como de derecho, al decidir como lo hizo que los elementos documentales agregados al proceso y de que ya se hizo mérito, no alcanzan a demostrar judicialmente la menor edad de la actora Beatriz. Para adelantar con el debido método ese estudio, conviene hacer un análisis de tales elementos probatorios, a saber:

a) Copia de la demanda presentada por Beatriz Pacheco contra la señora Isabel Rodríguez de Albarracín. Redactó y presentó esta demanda Jorge Giraldo Urdaneta, el día 22 de febrero de 1935, como apoderado de Beatriz Pacheco, y al señalar en el libelo los hechos fundamentales presenta como segundo el siguiente: "La señora Beatriz Pacheco era menor de edad el día treinta de septiembre de 1933, fecha del contrato de compraventa de esos bienes".

Como el contrato de venta entre Beatriz y Giraldo fue celebrado el 22 de febrero de 1935 y en esa misma fecha presentó Giraldo la demanda contra la señora Rodríguez de Albarracín, aparece demostrado que para entonces tenía conocimiento de que la vendedora era menor de edad, puesto que como apoderado suyo exhibió la certificación eclesiástica que aparece en este juicio en copia tomada de otra copia, y en ella consta que Beatriz nació en 1916; por lo tanto, tuvo en su poder tal elemento demostrativo de la minoridad de su vendedora en 1935.

Por esa circunstancia, no hubo dolo de parte de la vendedora para inducir al contrato, ni la aserción de que era menor de edad, que hizo en el instrumento de venta la inhabilita para obtener el pronunciamiento de nulidad relativa que solicita (art. 1744, C. C.).

Fuera de lo dicho, esa manifestación que hace Giraldo Urdaneta en el libelo antes mencionado, con conocimiento y vista de la partida de 1916, constituye una presunción simple sobre la menor edad de la actora, que si bien por sí sola no alcanza a constituír un indicio necesario ni grave, contribuye a formar la convicción judicial respecto del hecho controvertido.

b) Copia de la sentencia pronunciada por el Juez 5º del Circuito de Bogotá el 4 de noviembre de 1935, en el juicio ordinario seguido por Giraldo Urdaneta, como apoderado de Beatriz Pacheco, contra Isabel Rodríguez de Albarracín. En esta sentencia el juez de primer grado, de conformidad con los hechos debidamente probados por Giraldo Urdaneta en aquel proceso, reconoció que Beatriz era menor de edad cuando celebró con doña Isabel el contrato de venta y se fundó en una partida eclesiástica de bautizo agregada en aquel juicio, expedida por el Párroco del Hospital de San Juan de Dios. Y agrega el Juez en esa sentencia lo siguiente: "De acuerdo con dicha partida Beatriz Rodríguez o Pacheco nació el día 12 de enero de 1916, y por tanto es actualmente menor de edad, **como lo era cuando dio poder al doctor Giraldo Urdaneta y cuando cedió a éste el 50 por 100 de lo que pudiera corresponderle en los resultados y de los demás que su poderdante creyera conveniente iniciar**" (subraya la Corte)

Aquí sí que se pone de resalto con carácter manifiesto y de evidencia la existencia de un hecho indiciario que tiene íntima conexión con el hecho que se quiere dilucidar, o sea el de la edad de Beatriz cuando celebró el contrato con Giraldo cuya rescisión se suplica. El Juez 5º del Circuito, con vista de un certificado eclesiástico de bautizo, declara que Beatriz es menor, y agrega que también era menor cuando celebró con el demandado el contrato de poder y de venta de derechos que es materia de este pleito. Y así debía declararlo, porque si tenía a la vista la prueba documental de su nacimiento, y también estaba en los autos la escritura número 379 de 1935, contentiva del contrato que aquí está sub-judice, fácil le quedaba deducir la menor edad de la vendedora a la fecha de este último contrato, que es precisamente la cuestión ampliamente debatida en este proceso.

c) Certificación eclesiástica que contiene la sentencia de la Curia Primada que ordenó inscribir el acta de bautizo de Beatriz al Capellán del Hospital de San Juan de Dios. Por esta sentencia del Vi-

ceprevisor de la Curia Primada, fechada el 29 de octubre de 1935, se ordenó inscribir el acta o partida de bautizo de Beatriz en el libro de pruebas supletorias del Hospital mencionado. En dicha acta, de esa manera inscrita, se dejó constancia del bautizo de Beatriz, de cuatro días de nacida, ceremonia celebrada el 17 de enero de 1916.

Como no se está en presencia de un litigio sobre el estado civil de la actora, lo que ya viene dicho, no es pertinente entrar a estudiar el mérito probatorio intrínseco que pueda tener ese certificado y la sentencia en él inscrita, para los efectos de estimar la situación jurídica que ocupa Beatriz en el seno de la sociedad, o sus relaciones de familia y los consiguientes derechos patrimoniales. Pero es indudable que tal certificación tiene carácter de un documento auténtico y fehaciente, expedido por las autoridades eclesiásticas sobre cuestiones que le han sido señaladas por ley civil, en el carácter que ostentan de oficiales públicos del estado civil de las personas. Y dicho documento, si no sirve como demostración suficiente y plena del hecho controvertido, sí alcanza a constituír un indicio que tiene íntima relación con el debatido y que origina una presunción simple respecto de su existencia.

d) Una copia de otra copia de la partida de bautizo de la demandante, compulsada por el Secretario del Tribunal de Bogotá en el ordinario seguido por aquella contra la señora de Albarracín. Si se tratara de establecer en juicio el estado civil de la Pacheco y sus relaciones familiares o intereses patrimoniales, tal copia de copia no tendría el valor de plena prueba, por haberse expedido por el funcionario público que no tiene a su cargo y bajo su guarda el archivo donde existe el original del documento respectivo (artículo 632 del C. J.). Pero se repite que apenas se dilucida un problema de capacidad jurídica para celebrar un contrato, con vista de la edad de uno de los contratantes, y en ese caso la copia que reproduce textualmente una partida de bautizo de la demandante, expedida dicha partida por el Párroco de San Juan de Dios y cuya primera copia figura en otro proceso, donde se le reconoció y otorgó pleno valor probatorio del hecho del nacimiento de la Pacheco, sí alcanza a constituír un hecho indicativo de presunción, que tiene íntima correlación con el discutido en este juicio, consistente en la edad de la demandante cuando celebró el contrato cuya rescisión se suplica.

— II —

Considera la Corte que es tesis aceptable la de que si el sentenciador se hubiera detenido a estudiar, como era de rigor, los numerosos indicios antes determinados, para rechazarlos si estimaba que eran insuficientes o para reconocerles el valor demostrativo que un análisis detenido pudiera otorgarles, no hubiera incurrido en el error de apreciación de enjuiciar las pruebas como pertinentes de un fenómeno de estado civil. Pero conviene aclarar y definir bien un concepto, para evitar una equivocada interpretación de esta conclusión a que llega la Corte. Se acepta que es acto que concierne exclusivamente a la conciencia individual del juzgador la estimación del grado de certidumbre que arroje la prueba indiciaria, lo cual veda que en la mayoría de los casos tal prueba sea revisable en casación, mientras no se demuestre que son falsos los hechos accesorios o se evidencia su falta completa de relación con el que se pretende dar por establecido. Por eso la Corte, en repetidos fallos, ha sentado que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea; con la reserva de que cuando la inducción del juzgador es manifiestamente absurda, de suerte que sus razonamientos sean opuestos a la posibilidad metafísica, natural o de sentido común, es dable a las partes acusar el error de hecho en la apreciación de los indicios, y a la Corte ejercitar su suprema potestad de revisión en este recurso.

Pero como no se trata en los autos de revisar y rectificar el análisis y la estimación que de los indicios hubiera hecho el Tribunal, para lo cual la ley le ha dejado a éste amplia facultad dentro de las reglas generales de la sana crítica, sino de rectificar la apreciación equivocada que hizo de las pruebas, para reconocer a éstas un valor demostrativo de hechos inductivos capaces de reproducir la convicción judicial, no se trata por lo mismo de modificar la calificación que hubiera hecho el Tribunal de la prueba indiciaria, sino de rectificar una doctrina respecto del hecho controvertido, que ocasiona necesariamente otra rectificación a posteriori sobre el mérito reconocido por el sentenciador al haz probatorio del proceso.

De lo antes expuesto se deduce que las

presunciones nacidas de los indicios antes puntualizados, por ser numerosos, graves, precisos y conexos entre sí, alcanzan a producir la convicción judicial respecto del hecho principal controvertido, o sea la menor edad de la actora a la fecha en que celebró con el demandado Giraldo Urdaneta el doble contrato de mandato y de venta, contenidos ambos en la escritura número 379 de 1935 (artículo 665, C. J.) Fluye por esto mismo la conclusión de que el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de tales elementos probatorios, y en consecuencia también cometió error de derecho al sostener que a la comprobación de la edad son aplicables exclusivamente los artículos 372, 374 y concordantes del C. C. y el 22 de la Ley 57 de 1887, siendo así que el pertinente era el 400 de la misma obra. Igualmente violó, por haberse abstenido de aplicarlos, los artículos 1502, 1503, 1740, 1741 y 1750 del código antes nombrado.

Se impone por lo tanto, el deber de infirmar el fallo acusado en casación, para enmendar el agravio judicial inferido; y al entrar la Corte a actuar como tribunal de instancia, decide confirmar en todas sus partes la sentencia de primer grado, porque comparte en su integridad los razonamientos y conclusiones en ella contenidos, que coinciden con los anteriormente expuestos, que también sirven para fundar la sentencia de instancia.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día 4 de diciembre de 1939 y confirma en todas sus declaraciones la proferida en este juicio por el Juez 4º Civil del Circuito el 21 de octubre de 1938.

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

Liborio Escallón — **Isaías Cepeda** — **Ricardo Hinestrosa Daza** — **Fulgencio Lequerica Vélez** — **Hernán Salamanca** — **El Conjuez, Arturo Salazar Grillo** — **Pedro León Rincón**, Srio. en ppdd.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS TITULOS DE MINAS Y OTRAS — ABANDONO Y REDENCION DE MINAS

1. Los hechos fundamentales de una demanda dan luz sobre su intención y su conexión con esa intención es hasta de precepto legal. 2. Las sanciones establecidas en los artículos 118, ordinal 5º, 163 y 341 del C. de Minas, en virtud de las cuales se reputan abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el respectivo impuesto, o mejor, la interpretación de las normas citadas, no puede hacerse de una manera simplista y absoluta, por cuanto las situaciones de derecho que se confrontan frente a ellas son varias y múltiples y, por tanto, no puede entenderse que no exista sino una sola norma o medida aplicable, sin ninguna discusión, a todas esas situaciones. Para que se pueda verificar el fenómeno jurídico de la redención de minas es necesario que hayan pagado los impuestos respectivos hasta el día de la redención. De modo, pues, que sin ese requisito esencial y básico, dicho fenómeno no puede producirse. Mas si esto es así, no por eso puede concluírse que, hecho el pago para la redención de una mina y debiéndose al hacerlo algunos impuestos atrasados o existiendo deficiencia en el pago de éstos, la mina cae en el estado legal de abandono. Semejante conclusión, inequitativa e injurídica, confundiría el no éxito de la redención con el abandono de las minas. — 3. A la Nación no le interesa, desde el punto de vista de su dominio, ni la persona ni el número de denunciantes. Si una mina ingresa al patrimonio privado, sale del nacional, quienes quiera y cuantos quiera que sean los adjudicatarios. En contienda entre particulares aspirantes a una mina dada, en que una de las partes alega título cuya vigencia afirma y la otra parte rechaza ese título como respaldo contra sus derechos de denunciante, a la Nación le es indiferente el litigio, no sólo desde el punto de vista procesal por no ser actor ni reo, sino también en lo atañedero al dominio, puesto que, cualquiera que sea de esas dos partes litigantes la que triunfe, ello es que la mina sale del patrimonio nacional.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Por medio de apoderado los señores Bernardo Mora M., Luis Bravo A. y Francisco Gómez demandaron ante el Juez 1º del Circuito de Barbacoas al señor Ramón Landázuri, opositor a la posesión solicitada por aquéllos de la mina de aluvión La Carmelina, antigua San Miguel de Ñambi, a fin de que se hagan las declaraciones que se verán adelante, las que negó el Juzgado en sentencia de 24 de septiembre de 1937, de que ellos apelaron y que reformó el Tribunal Superior de Pasto en la de 5 de octubre de 1938, contra la cual interpusieron casación.

Para decidir este recurso, debidamente tramitado, se considera:

Las discusiones que ocurren acerca del alcance de ciertas solicitudes del libelo obligan a trascribirlo en su parte petitoria. Dice el apoderado que demanda a Landázuri para que se hagan, previa la tramitación de un juicio ordinario, estas declaraciones:

"1º Que el título número 1099 expedido por la Gobernación de Nariño el 4 de abril de 1917 a favor del señor Ramón Landázuri es nulo, de nulidad absoluta, de conformidad con lo estatuído en el ordinal 3º del artículo 94 del Código de Minas;

"2º Que es ineficaz la oposición del señor Ramón Landázuri, por lo cual se desecha;

"3º Que se ordene dar posesión de la mina La Carmelina (antes San Miguel de Ñambi) a mis mandantes..... por los linderos que expresa esta demanda, y

"4º Que se condene en costas al deman-

dado, si insistiere en sostener la presente litis".

Agrega el libelo en la parte petitoria que se está trascribiendo: "Subsidiariamente y para el caso que no sea declarada la nulidad absoluta que demando, pido se decrete esto:

"1º Que la mina de aluvión San Miguel de Ñambi (hoy La Carmelina) cayó en abandono por parte de su anterior dueño señor Ramón Landázuri, en razón de no haber pagado con puntualidad el impuesto anual o de estaca y de deficiencia en el pago del mismo impuesto;

"2º Que es ineficaz la oposición del señor Ramón Landázuri, por lo cual se le desecha;

"3º Que se mande dar posesión de la mina La Carmelina (antes San Miguel de Ñambi) a mis mandantes señores Bernardo Mora M., Luis Bravo A. y Francisco Gómez, por los linderos que expresa esta demanda, y

"4º Que se condene en costas al demandado, si insistiere en sostener la presente litis".

El Tribunal, observando en primer lugar que los demandantes pretenden la mina misma sin limitarse o concretarse al exceso de que afirman adolece la entrega hecha al demandado, y viendo, por otra parte, que expresamente los actores demandan la nulidad nacida de haber tal exceso, encontró que no les asiste la acción que ejercitan como principal, en fuerza de estas disposiciones del Código de Minas: del artículo 94, invocado por los demandantes, que en lo pertinente dice: "Los títulos que se expidan conforme a la presente ley son nulos en los casos siguientes: ...3º Cuando se haya entregado una extensión mayor de la que debiera concederse;....."; y del artículo 102, que dice: "No podrá alegar esta nulidad sino el que denuncie y pida la adjudicación del exceso de una mina sobre la extensión que debía tener según el derecho que concede el artículo 366".

Este artículo 366 dice en lo pertinente: "Todo individuo que crea que al descubridor de una mina se le ha entregado una extensión mayor de la que debía concedérsele, bien sea por error de medida, o por haberse reputado la mina como en cerro enteramente nuevo o como nueva en cerro conocido sin pertenecer a estas clases, tiene derecho de reclamar para sí el exceso..."

Aquí lo afirmado por los demandantes es exceso por error de medida.

El abogado de los recurrentes acepta esa reflexión y conclusión del Tribunal. En su alegato se lee al folio 11 vto. de este cuaderno: "Es verdad que la nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 94 del Código de Minas, en relación con el artículo 102 de allí, se refiere al exceso en la cabida de una mina no amparado por el pago del impuesto que para mantenerlo puede hacer el dueño de ella; y también es cierto que son distintos los derechos y procedimientos que tienen los particulares por concepto de abandono de una mina y de exceso de la cabida legal de la misma. Debo confesar honradamente que por este respecto está absolutamente descaminada la demanda principal y que no es prosperativa".

Pero agrega que, si ello es así en lo tocante a esa nulidad, que es el primer pedimento de la demanda principal, no puede derivarse de ahí la negativa de ésta, porque la segunda solicitud de la misma es la de que se declare ineficaz y se deseche la oposición de Landázuri, y este concepto de ineficacia no puede entenderse limitado a la nulidad, habiendo otros motivos indicados por los demandantes; de suerte que el Tribunal se abstuvo indebidamente de estudiarlos, a pretexto de que la acción de nulidad incoada no les asiste.

En esto funda el abogado recurrente el cargo de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, que es el motivo 2º de casación según el artículo 520 del C. J.

Cabe adelantar desde luego el rechazo de este motivo, porque la sentencia del Tribunal, reformatoria de la del Juzgado, negando todas las peticiones de los demandantes y absolviendo de todos sus cargos al demandado y declarando eficaz su oposición, contiene la decisión de todos los puntos sometidos a litigio, por lo cual, si algo de ello o si todo ello no debió ser así en concepto de los demandantes, lo procedente, por la violación de leyes sustantivas en que afirman que con ello se incurrió, es el motivo 1º de los del citado artículo 520, que adelante se estudia; pero no el motivo 2º.

Los demandantes, tanto en el alegato en que su abogado que interpuso el recurso lo fundó en memorial presentado personalmente en Pasto, como en la demanda que formuló el abogado constituído para ante la Corte y en la exposición oral en la audiencia pública, han sostenido, como ya se dijo, que la improcedencia de la acción de nulidad no libra al juz-

gador de estudiar los demás reparos formulados contra el título de Landázuri, porque los abarca la solicitud de que se deseche la oposición por ineficaz. El abogado del demandado opone a ese razonamiento la consideración de que este concepto de ineficacia se deriva precisamente de la nulidad, por lo cual no cabe dar a esa solicitud de ineficacia la amplitud que ahora se pretende y está bien negada en su totalidad la demanda principal por el hecho decisivo de no asistir a los demandantes la acción de nulidad de que esa demanda se deriva o en que consiste. Contra esto arguyen los actores que en manera alguna la segunda solicitud de su demanda principal, sobre ineficacia, se formuló como consecuencial de la primera, sobre nulidad, y que, por el contrario, libre de expresión que así lo trace o siquiera lo sugiera, esa petición sobre ineficacia deja a esta palabra toda la extensión de su contenido, dentro del cual se hallan los demás reparos cuyo estudio esquivó el Tribunal.

En tesis general, no halla la Corte que se pueda demandar una declaración de ineficacia escuetamente, sin indicación del motivo. Para plantear la controversia y, por ende, señalar lo que ha de formar su materia y objetivo, que es base esencial y punto de partida del mayor predicamento para una y otra de las partes litigantes y para el Juez que conduce el litigio y ha de sentenciarlo, hay que precisar lo que se pretende y por qué se pretende.

Aquí no puede echarse menos ese requisito, porque los demandantes señalaron como causal de la ineficacia la nulidad. Para hallarlo así en la demanda no se necesita que la petición segunda, que es la relativa a la ineficacia del título, hiciera en voces sacramentales tal indicación; más claramente, de no figurar allí una locución que lo predique, como **"en consecuencia"**, **"consecuencialmente"**, etc., no cabe deducir que la razón o fuente de la ineficacia pedida en la segunda solicitud de la demanda principal, no sea la nulidad señalada y pedida en la petición primera de la misma.

Esa demanda principal, según se vio al trascribirla, contiene estos cuatro pedimentos: 1º Declaración de nulidad del título; 2º Declaración de ineficacia de la oposición; 3º Orden de dar posesión de la mina a los actores, y 4º Costas. Y la demanda subsidiaria paralelamente contiene estas cuatro súplicas: 1º Declaración de abandono por faltas en el pago; 2º Declaración de ineficacia de la oposición... 3º Orden de posesión de la mina a los actores, y 4º Costas.

En ambas demandas, la principal y la subsidiaria, se pide de un mismo modo la ineficacia del título de Landázuri y su condenación en costas y la orden de posesión a los denunciantes, en el mismo orden, en los mismos lugares cada petición en una y otra. En ambas es segunda solicitud la de declaración de la ineficacia de la oposición sin palabras que expresamente proclamen que esa ineficacia proviene del abandono en la subsidiaria y de la nulidad en la principal. Pero es claro que las causas están en ésta nulidad y en ese abandono respectivamente y que la ineficacia solicitada se propone o presenta como efecto de ellas.

Corrobora este concepto la circunstancia muy significativa dentro del sentido de la redacción, en que tanto ahinco ponen los recurrentes en atención a la presencia o ausencia de determinados vocablos, de que al terminar la demanda principal y formularse en seguida la subsidiaria, dicen, según se vio en lo ya trascrito: "Subsidiariamente y para el caso de que no sea declarada la nulidad absoluta que demando, pido se decrete esto". Bien se ve por este detalle significativo cómo el abogado de los actores al formular la demanda enfoca y resume en la nulidad las peticiones principales.

Más todavía: los hechos fundamentales, que tanta luz dan siempre sobre la intención de la demanda y cuya conexión con esa intención es hasta de precepto legal, los formula el libelo así:

"1º La mina San Miguel de Ñambi fue denunciada como abandonada por el señor Ramón Landázuri en 1911, y como abandonada se expidió a su favor el título número 1099 de 4 de abril de 1917;

"2º La mensura de dicha mina al tiempo de darle posesión se hizo 'a cuerda templada'; en muchos puntos no se midió sino que se calculó su extensión 'en algunos trechos';

"3º Deliberadamente se aumentaron 404 metros a la longitud máxima de 5.000 metros que la ley concede, por el lindero de la boca del río Palí a la quebrada Tambora, dizque para compensar igual número de metros que se dice faltaron en la latitud de la boca del río Ñambí a la boca del Piaguí;

"4º Después de titulada la mina San Miguel de Ñambí, su propietario señor Ramón Landázuri no pagó **puntualmente** el impuesto anual o de estaca;

"5º Los pagos que dicho señor verificó por concepto del mencionado impuesto fueron hechos con bastante atraso; no fueron completos; y no consta que se hubiesen satisfecho los correspondientes intereses de demora. Finalmente en unos años se pagó por dos pertenencias y en otros por diez kilómetros de extensión".

Salta a la vista que después del hecho primero relativo al título, los otros se agrupan de dos en dos para cada una de las demandas principal y subsidiaria, así: el segundo y el tercero para aquélla, el cuarto y el quinto para ésta. El 2º y 3º versan sobre la mensura y hacen afirmaciones encaminadas a sostener el concepto de exceso. El 4º y el 5º versan sobre los pagos y se encaminan a sostener el concepto de abandono.

Esos cinco hechos son los únicos presentados como fundamentales en el libelo. En ellos, descartando los relativos a pagos, no hay sino los relativos a la mensura, encaminados como ya se dijo a fundar el concepto de exceso y, con éste, la nulidad.

Todas estas reflexiones imponen el reconocimiento de que la orden de posesión en favor de los actores y la declaración de ineficacia del título del opositor pedidas en la demanda principal se hacen depender en ella de la nulidad solicitada en primer término y que la declaración de ineficacia no puede entenderse formulada incondicionadamente o en forma tan lata e indefinida que en ella quepan cualesquiera otros motivos distintos del exceso aducido como causal de esa nulidad.

De lo contrario, se tendría ahora y se habría tenido a lo largo del pleito una completa oscuridad sobre la causa de la ineficacia, y al ocultamiento de este porqué habría correspondido la consiguiente incertidumbre en el demandado para su defensa y en el juzgador para sentenciar y aun, dentro de la secuela del pleito, para poder estimar, por ejemplo, si una prueba pedida por tal o cual de las partes era conducente o no.

En suma se tiene que lo demandado fue principalmente la nulidad del título de Landázuri por exceso en la entrega, y como consecuencia de esa nulidad, la ineficacia de la oposición y, a su turno, allanado este obstáculo, la orden de entregar la mina a los denunciantes; y que lo demandado subsidiariamente, ',para el caso de no ser declarada la nulidad absoluta", según palabras del apoderado de los actores ya trascritas, fue la declaración de abandono y consiguientemente la de ineficacia de la oposición y, también a su turno y por quedar en esta forma allanado el obstáculo, la orden de entregar a dichos denunciantes. Las costas se pidieron en uno y otro caso.

En otras palabras: la demanda se concreta y limita a que se ordene la entrega de la mina a los demandantes por ser ineficaz la oposición del demandado, ya en razón de ser nulo su título por exceso en la entrega, ya en razón de abandono por defecto en los pagos.

La fuente de la demanda principal es esa precisa nulidad; la fuente de la demanda subsidiaria es el abandono.

Así las cosas, quedan virtualmente rechazados los cargos que se hacen a la sentencia recurrida en cuanto negó lo pedido en la demanda principal en razón de no asistir a los actores la acción de nulidad que ejercitan, para lo cual bastó el artículo 102 del Código de Minas.

Los varios reparos que el recurrente aspira a que se estudien como distintos y separados del cargo de exceso y, por ende, no incluídos en la nulidad, son: a) No tener la mina adjudicada a Landázuri, según su título, la forma rectangular exigida por la ley, porque sus ángulos no son rectos y porque la línea que limita con el río Telembí tiene 1.596 metros de longitud y su paralela tiene 2.404 metros, todo lo cual pugna con los artículos 303 de la ley 153 de 1887 y 7º del decreto número 761 del mismo año; b) No haberse fijado los mojones estables requeridos por el artículo 27 del C. de M.; c) Haberse en muchos puntos calculado la extensión, en vez de efectuar una medición completa, contra el artículo 25 de ese Código; d) Estar el título registrado en el libro número 1º, pero no en el duplicado del mismo creado por el artículo 38 de la ley 57 de 1887 cabalmente para títulos como ese, que implica mutación de dominio en inmuebles de la Nación, lo que determina que no haya habido aún tradición, según los artículos 756, 2637 y 2652, ord. 8º del C. C.); f) Haberse dado a Landázuri posesión de "una enorme extensión de territorio, infinitamente mayor de la que la ley permite adjudicar a los particulares en una sola mina, fuera de que se retiene por el titular una extensión absolutamente distinta de la marcada en su título", conceptos éstos que basa en el dictamen pericial.

Bien se ve sencillamente que todos estos reparos se refieren al exceso aducido como causal de nulidad y que, por lo mismo, no son procedentes en un juicio en

que ésta es la acción ejercitada y en que en ella no corresponde a quienes la ejercitan. Y bien se ve, consecuencialmente, que al reconocer esto, es inoficioso estudiar esos cargos uno a uno como correspondería en un juicio en que la acción sí asistiera a los demandantes, v. gr., en uno surgido de la oposición a la denuncia del exceso, esto es, en un pleito de los autorizados por el artículo 366 del C. de M., trascrito aquí.

El recurrente advierte que, si no puede invocarse por los demandantes la nulidad que erróneamente demandaron, o sea, la del numeral 3º del artículo 94 de esa obra, además existe la del numeral 1º del mismo, por no estar expedido el título conforme a lo preceptuado en ella, y añade que si, al tenor de la ley 292 de 1875 en su artículo 15, las irregularidades anteriores a la posesión admiten enmienda sin anularla, a **contrario sensu** ha de entenderse que las en que se incurre después de esa diligencia o en ella no son subsanables, como en este caso sucede con haber medido no a cabuya pisada sino calculando la extensión y sin dar forma regular a lo entregado ni amojonarlo en forma cierta.

De aquí deduce la nulidad a la luz de los artículos 6, 1521 y 1741 del C. C., por tratarse de acto ejecutado contra expresa prohibición de la ley, por haber ilicitud en la entrega hecha por el funcionario en forma distinta y en extensión mayor de la autorizada por la ley y por deducirse de ello nulidad insubsanable. Tal su concepto.

Habiéndose demostrado que las causales de nulidad distintas de la 3ª de ese artículo, o sea, de la proveniente de exceso, no pueden ser materia del presente juicio por no serlo de la demanda, salta a la vista la improcedencia de estos cargos. Así las cosas, es innecesario discriminarlos y ver si alguno de ellos, v. gr., lo del registro, es medio nuevo en casación por no haber sido presentado en la demanda ni controvertido en las instancias, ni si otros provienen de hechos que da el recurrente por probados con un dictamen pericial que no alcanzó la plenitud de tramitación indispensable para esta prueba, por lo cual no cabría en ningún caso el cargo de error en su apreciación, por apartarse de él.

Entra el recurrente a distinguir sobre nulidad entre la del título y la de la posesión y adjudicación, para anotar defectos en éstas y deducir de ahí cargos a la sentencia recurrida, sin fijarse en que lo demandado es la nulidad e ineficacia del título; de suerte que, concretada indiscutiblemente la demanda a éste, si le hubiese prosperado su empeño antedicho de llevar la ineficacia más allá de la nulidad, ni aun así serían admisibles los cargos relativos a algo que según él mismo es diferente del título.

Por lo expuesto hasta aquí, se rechazan los cargos relativos, dentro del motivo 1º de casación, a la demanda principal.

Los relativos a la demanda subsidiaria consisten, en suma, en apreciación errónea de las certificaciones del Administrador de Hacienda Nacional de Nariño sobre pagos hechos por Landázuri y de los recibos que acreditan estos pagos, así como en falta de estimación de la confesión hecha por este señor en la contestación de la demanda de no haber pagado derecho de estaca por el año de 1916, y en la consiguiente contravención de los artículos 164 a 168 del C. de M., 603 a 607 y concordantes del C. J. y 1769 del Civil, y violación, por no haberlas aplicado, de las normas sustantivas contenidas en los artículos 23 de la ley 292 de 1875, 148, 291, 303, 118, ord. 5º, 341 del C. de M. y sus relacionados con el 163 a **contrario sensu**, etc., 12 y 13 del decreto legislativo número 223 de 1932, y además —y éstas son las palabras finales de su alegato— "las normas civiles sobre el cuasicontrato de la **litis contestatio** y sobre condiciones resolutorias".

Se considera:

Como queda dicho y trascrito, la demanda subsidiaria versa sobre abandono por falta de pago, ya por no haberse hecho el de tal o cual anualidad, ya por no haberse cubierto los intereses moratorios sobre los retardados.

Es base de ese concepto de los demandantes y del respectivo cargo en casación por no haber el Tribunal declarado el abandono, las certificaciones de dicho Administrador de Hacienda que originales forman los folios 12 del cuaderno 2º y 46 del 1º. Allá en primer lugar consta que nada se pagó con imputación a 1916, año dentro del cual se entregó la mina a Landázuri, y en segundo lugar figura una liquidación conforme a la cual debiera haber pagado éste $ 24.32 a partir de 1916 inclusive, computando una extensión mayor de 10 kilómetros cuadrados y, además, los recargos sobre los pagos tardíos, y aparece que pagó solamente $ 17 por todo el lapso cerrado con el año

de 1925, o sea, en el decenio vencido con éste.

La falta acreditada por la comparación entre esos dos totales sobre el conjunto de pagos, así como la ausencia de pago alguno por 1916, testificada en aquella certificación, son los fundamentos cardinales de la solicitud de abandono.

El otro certificado aludido, o sea, el de folios 45 y 46 del cuaderno principal, contiene, con copias de los recibos, la indicación de lo pagado de 1917 en adelante hasta 15 de diciembre de 1925 en que se efectuó el aludido pago anticipado con proyección hasta 1945.

El abogado del demandado alegando ante el Tribunal resume esta cuenta así:

"Sumas pagadas por mi poderdante:

1917.		$ 1.00
1918 a 1922		10.00
1923 a 1925		6.98
1926 a 1945.		40.00
Suma.		$ 57.98
Liquidación legal del pago del impuesto, conforme a las disposiciones citadas y a la certificación dada por la Administración.		
Por el año de 1917	$ 1.00	
Por los años de 1918 a 1922, inclusive, con recargos.	6.80	
Por los años de 1923 a 1925, íd., íd.	3.54	
Por los años de 1926 a 1945, íd., íd.	20.00	
Suponiendo recargos por el año de 1916	2.80	34.14
Pagado demás. Diferencia. . . .		$ 23.84"

Ahora bien, el problema de si la mina quedó redimida o no con el último pago citado, hecho con ese propósito e invocando el artículo 3º de la ley 59 de 1909, es extraño a esta sentencia por no figurar como materia de la demanda. Esto no impide formular el siguiente dilema en vía de aclaración de lo que sí es pertinente a este juicio, a saber: si la mina quedó redimida, no caben controversias como la presente, y si no quedó, alguna imputación ha de tener el pago, por más que no lograra ese propósito. Si se opta en estas reflexiones hipotéticas por lo último, o sea, por lo favorable al recurrente, se tiene un pago al Tesoro Nacional por la mina y para conservarla, finalidad incuestionable en Landázuri al pagar aun en el evento de no alcanzar él su propósito de redención. Repítese que no se está decidiendo sobre ésta, sino indagando el resultado de un pago total debidamente comprobado en autos.

Es visible la trascendencia del pago del impuesto ante el C. de M., así como su alcance conservatorio. El artículo 164 lo llama garantía eficaz y dispone lo que allí se lee en guarda del dueño, después de estas palabras con que comienza refiriéndose al pago: "es lo único que se necesita para conservar el derecho a una mina que se ha adquirido legalmente".

Facilita el Código el pago permitiendo que cualquiera persona lo haga en nombre del interesado (artículo 160). Autoriza por ciertas causales la restitución de términos vencidos, reputándolos puntuales en tales casos (artículo 161). Permite recuperar el derecho a la mina pagando las cuotas de los años atrasados con intereses, en cuanto ella no se haya denunciado antes (artículo 163). Cuando el interesado cree que los linderos de su títulos contienen extensión mayor de la señalada en él, puede conservar su derecho al exceso pagando el impuesto sobre éste, en cuanto un tercero no haya ejercitado el derecho que el artículo 366 confiere (artículo 27, ley 292 de 1875). Da el Código valor de plena prueba, no sólo a los recibos, sino a las certificaciones de los empleados de Hacienda alusivas al libro correspondiente (artículos 166 a 168). Establece presunción análoga a la del artículo 1628 del C. C., por el pago de tres anualidades consecutivas, en favor del pago de los años anteriores (art. 173).

Así las cosas y demostrado que Landázuri ha pagado una suma superior a la indicada por la liquidación del Administrador de Hacienda, lo que impide aceptar el efecto de pago afirmado por los demandantes, no puede prosperarles su solicitud de caducidad por abandono, ni el de error en la apreciación de las citadas pruebas, ni el cargo por falta de estimación de ellas y de la confesión de Landázuri sobre falta de pago especial y expreso por el año de 1916. Esta falta, en cuanto bastara a reputar que Landázuri no estaba a paz y salvo con el Tesoro cuando pagó la anticipación antedicha con ánimo de redimir, podría conducir a establecer que no pudo producirse este resultado. Pero, repítese, la redención no es problema del presente juicio.

En sentencia de 27 de abril del año en

curso pronunciada en pleito en que se presentaron las cuestiones de abandono y de redención de una mina en relación con los pagos del impuesto, dijo esta Sala: "...Las sanciones establecidas en los artículos 118, ord. 5º, 163 y 341 del C. de M., en virtud de las cuales se reputan abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el respectivo impuesto; o mejor, la interpretación de las normas citadas, no puede hacerse de una manera simplista y absoluta, por cuanto las situaciones de derecho que se confrontan frente a ellas son varias y múltiples y por tanto no puede entenderse que no exista sino una sola norma o medida aplicable, sin ninguna discusión, a todas esas situaciones".

Y adelante agrega: "Para que se pudiera verificar el fenómeno jurídico de la redención de las minas era necesario que se hubieran pagado los impuestos respectivos hasta el día de la redención; de modo pues que sin ese requisito esencial y básico, dicho fenómeno no podía producirse.

"Mas si esto es así, no por eso puede concluírse que, hecho el pago para la redención de una mina y debiéndose al hacerlo algunos impuestos atrasados o existiendo deficiencia en el pago de éstos, la mina cae en el estado legal de abandono. Semejante conclusión, inequitativa e injurídica, confundiría el no éxito de la redención con el abandono de las minas. En efecto: el pago del impuesto es lo único que se necesitaba ante el Código de Minas para conservar el derecho a una mina adquirida legalmente y de la cual se tiene el título correspondiente, y esta garantía es tan eficaz respecto a las minas cuyos títulos se han obtenido o revalidado conforme a la ley, que nunca podrán perderse en virtud de denuncio hecho por un tercero, sin conocimiento y citación personal del dueño respectivo o de algún representante legal o legítimo suyo, según el artículo 164 de ese Código. Luego, si quien intenta redimir una mina, es decir, exonerarse de pagar el impuesto anual haciendo un pago anticipado y duplicado de lo que corresponde en veinte años, no puede obtener ese resultado por una deficiencia o mala liquidación en el pago de los impuestos anteriores a la redención, eso no quiere decir que haya abandonado la mina por falta de pago, pues el mismo hecho de éste, que es algo objetivo y real y que debe producir algún efecto, está demostrando lo contrario. Quiere decir entonces que quien hizo el pago de las veinte anualidades no consiguió el fin que se proponía; pero no se puede concluír que por no haberlo conseguido la mina cayó en abandono, porque el pago que hizo la ampara y debe imputarse, parte a cubrir los impuestos a la sazón pendientes, y el resto a pagar anualidades futuras, puesto que el artículo 44 de la ley 292 de 1875 autorizaba el pago anticipado del impuesto, y cuando esto se verifica no podrá considerarse ante él como abandonada la mina durante los años por los cuales se haya hecho ese pago.

"Estima la Corte que lo anterior, además de ser jurídico, protege la estabilidad de la riqueza minera del país, puesto que estaría colocada en una situación muy precaria si, ya por una deficiente liquidación del impuesto, ya por un error de quien lo cobra, ya por la simple negligencia de quien lo paga, vinieran a quedar legalmente abandonadas las minas sobre las cuales se pagó el impuesto correspondiente a los veinte años y respecto de los cuales, si no se verificó el fenómeno de la redención, sí quedaron amparadas por el pago de varias anualidades futuras, pago que impide que durante ese lapso puedan caer en abandono". (Gaceta Judicial, Tomo XLIX, páginas 290 y 291).

No debe perderse de vista que a la Nación, desde el punto de vista de su dominio, no le interesa la persona ni el número de denunciantes. Si una mina ingresa al patrimonio privado, sale del patrimonio nacional, quien quiera y cuantos quiera sean los adjudicatarios. En contienda entre particulares aspirantes a una mina dada, en que una de las partes alega título cuya vigencia afirma y la otra parte rechaza ese título como respaldo contra sus derechos de denunciante, a la Nación es indiferente el litigio, no sólo desde el punto de vista procesal por no ser actor ni reo, sino también en lo atañedero al dominio, puesto que, cualquiera que sea de esas dos partes litigantes la que triunfe, ello es que la mina sale del patrimonio nacional.

Pudiera decirse que el debate sí aprovecha a la Nación en lo atinente al pago del impuesto; pero bien se ve que esta faz de la cuestión es extraña a pleito como el que aquí se decide.

Conviene advertir que negar la demanda principal, como aquí se hace, por no asistir a los demandantes la precisa acción que ejercitan en ella, no es decidir ni conceptuar siquiera sobre el fondo de los diversos reparos que han hecho los demandantes al título del demandado, dis-

tintos de los relativos al exceso en que fundan la nulidad que piden.

La demanda, tanto por sus pedimentos y relación de éstos entre sí, como por sus hechos fundamentales, se basa exclusivamente en entrega excesiva, de un lado, y de otro, en pagos deficientes. Y, seguido el litigio entre tal pie y dentro de tales lindes, no es posible admitirle alcances y faz distintos en la casación.

Lo atañedero al exceso queda descartado, según se ha visto, así fuese sólo por mérito del citado artículo 102. Lo atañero a los pagos, de que el recurrente deduce caducidad del título por abandono, queda rechazado en fuerza del concepto de esta Sala sobre imputación y cuantía del total de aquéllos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este juicio con fecha cinco de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hermán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

REIVINDICACION — SINGULARIZACION DE UN INMUEBLE—PRUEBAS—IDENTIFICACION DE PREDIOS—ACCION REIVINDICATORIA

1.—Singularizar un inmueble, particularizarlo entre otros, es cosa distinta del proceso tendiente a precisar materialmente y sobre el terreno esa misma sigularidad. Se singulariza un inmueble llamándolo por sus linderos, y esa alindación se objetiviza materialmente mediante la identificación de las líneas divisorias que lo separan de los demás y que lo hacen inconfundible con los otros. — 2.—Las normas que informan todo nuestro sistema probatorio indican que a los litigantes les corresponde determinar y elegir el modo legal que estimen conveniente para demostrar los hechos o actos jurídicos sobre que verse la materia de la controversia; establecen también que todo medio probatorio de los comprendidos dentro de la tarifa legal es hábil para obtener ese efecto, siempre que la misma ley no haya establecido que para probar determinada relación sea necesario un determinado medio específico con exclusión de los otros, o cuando haya expresado que ciertos medios no son admisibles para comprobar ese hecho o establecer un derecho determinado. — 3.—Tratándose de la identificación de predios, es decir, de evidenciar que sus linderos en el terreno son los mismos que los que reza el título, que la alindación dada en éste corresponde a la del terreno, o que dentro de los linderos de un globo general está ubicada la cosa singularizada en la demanda, esa identificación procede o debe hacerse mediante la inspección ocular, por ser éste el medio más adecuado para ello; pero la inspección ocular no es, sin embargo, el único medio pertinente porque también dan esa demostración la prueba pericial y el testimonio. — 4.—La acción reivindicatoria, como todas las demás, entraña el ejercicio de un derecho y surge del quebranto que un tercero haya infringido a ese estado, es decir, nace de un hecho ajeno del titular del derecho, y tiene como objeto el restablecimiento normal de determinada relación jurídica. Pero no basta que una acción exista y resida en la persona del demandante para que le sea reconocida; precisa que dicha acción haya sido deducida de acuerdo con la ley, previa demostración de los elementos que la configuran, ya que si el actor, en caso dado, descuida la comprobación de alguno de estos elementos, la acción va inevitablemente a su fracaso. La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión material en el demandado, y d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

En remate público, la señora Dolores Fierro v. de Santacruz y sus hijos, adquirieron la propiedad de una finca raíz denominada "Chaitan", ubicada dentro de los términos del Municipio de Túquerres, del Distrito Judicial de Pasto, deslindada al tenor de la alindación fijada en la demanda.

Posteriormente, por instrumento número 28 de 23 de enero del año de 1922, de la Notaría segunda de Pasto, los titulares del dominio de la citada hacienda de "Chaitan", la cedieron a la señora Rosa Jarrín v. de Sierra, quien la poseyó sin desmembración alguna hasta el año de 1923, fecha en que su propietaria determinó venderla por lotes o fracciones; fue así, como la señora Orfelina Revelo v. de Alomía, por medio de la compraventa relacionada en el instrumento número 111 de 19 de abril de 1923 de la Notaría primera de Túquerres, vino a adquirir parte de la mentada hacienda, demarcada por estos linderos: "Por el oriente, con propiedades de los herederos Patiños, de Víctor Guerrero y Arciniegas, quebrada Tutachara por medio; por el sur, con propiedades del señor Zenón Aguilera, camino antiguo por medio; por el occidente, con el resto de la hacienda 'Chaitan', o sea con los potreros llamados El Cerote, El Pantano, La Banda, Tertés y el resto de

un potrero San Rafael, la quebrada Zigal por medio y el potrero San Rafael, mojones al medio; y por el Norte, con propiedades de Primitivo Bolaños y Segundo Mora, zanja por medio". En cláusula aparte dijeron los contratantes: "Que el lote determinado, en la parte que del potrero de San Rafael corresponde a Alomía, por la presente, queda demarcado por mojones".

El litigio.

Como por razones que no es el caso de precisar en este breve aparte, talvez por haber desaparecido los mojones que se impusieron para hacer ostensible la línea divisoria, han entendido las partes contratantes, la vendedora, que lo vendido fue predio en menor cabida que la que actualmente posee la compradora; y ésta, lo contrario, o sea que lo comprado abarca precisamente toda la extensión ocupada con su posesión, ha tenido lugar el presente litigio, mediante el cual, la señora Jarrín v. de Sierra, previo el ejercicio de un juicio de dominio, ha pretendido reivindicar la porción de terreno que considera le detenta su contraparte, la señora Revelo v. de Alomía, e hizo en demanda al Juzgado del Circuito de Túquerres, estas peticiones:

"Primera. Que la señora Rosa Jarrín v. de Sierra es dueña o propietaria del fundo denominado 'San Rafael', situado en este Municipio y conocido por los siguientes linderos: Por el pie con terrenos de la señora Orfelina Revelo v. de Alomía, zanja por medio; por el costado derecho, con terrenos de la misma señora Orfelina Revelo v. de Alomía, mojones por medio; por la cabecera con propiedades de Segundo Mora y Primitivo Bolaños, zanja por medio; y por el costado izquierdo, con propiedades de Primitivo Osejo, la quebrada Sigxal por medio.

"Segunda. Que, en consecuencia, se condene a la señora Orfelina Revelo v. de Alomía, a favor de la señora Rosa Jarrín v. de Sierra, restituya el citado inmueble 'San Rafael', con la situación y por los linderos descritos en la petición anterior, tres días después de la ejecutoria de la sentencia que resuelva esta demanda.

"Tercera. Asimismo, que se condene a la señora Orfelina Revelo v. de Alomía a favor de mi representada, a la restitución de los frutos, civiles y naturales, percibidos, o que se hubieran podido percibir con mediana administración; y en su defecto a pagar la cantidad de quinientos pesos oro ($ 500.00) por cada año, y por el tiempo que ha poseído y posea el inmueble de 'San Rafael' la señora Orfelina Revelo v. de Alomía, y en consideración a que ésta es poseedora de mala fe, tres días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este asunto.

"Quinta. Que se condene en costas a la demandada, si se opusiere a esta demanda".

La parte demandada contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, negó varios de los hechos alegados, y entre otras defensas, opuso a la acción las excepciones de "Prescripción", "Carencia de Acción", "Improcedencia de la misma", "Petición de un modo indebido" y las demás que resultaren probadas.

Sentencias de primero y segundo grado

Agotada la ritualidad propia de la primera instancia, el señor Juez del conocimiento, civil del Circuito de Túquerres, le puso fin con su sentencia de fecha diez y nueve de julio de mil novecientos treinta y nueve, en la que resolvió: "Declárase probada la excepción de 'Improcedencia de la acción reivindicatoria' intentada en el ordinario propuesto por la señora Jarrín v. de Sierra, mayor de edad y vecina de la ciudad de Quito, República del Ecuador, por medio de su apoderado, contra la señora Orfelina Revelo v. de Alomía, mayor de edad y vecina de este Municipio, referente al fundo 'San Rafael', ubicado en este Distrito". No se hizo condena en costas.

No conforme la parte demandante con este fallo del Juzgado, se alzó para ante el Tribunal Superior de Pasto, entidad que, luégo de darle al recurso el trámite legal, con nuevo término probatorio aprovechado por las partes, profirió sentencia con fecha nueve de mayo de mil novecientos cuarenta, confirmando en todas sus partes el proveído recurrido.

Esta sentencia, a virtud del recurso de casación legalmente concedido ha venido al estudio de la Corte; como fuera admitido por la Sala y luégo legalmente tramitado, es la oportunidad de resolverlo, ya que no aparece vicio o informalidad alguna que impida el pronunciamiento.

El recurso.

Los puntos en que la sentencia del Tribunal es objeto del recurso, propone los siguientes razonamientos: "Si bien el demandante ha comprobado su carácter de dueño y señor sobre parte del fundo "San

Rafael" no se halla una prueba clara y precisa sobre la singularidad del mismo fundo; ni que la demandada, posea ese mismo fundo así singularizado por los linderos de tallados en la primera petición, cuestión que debió identificarse (sic) para que desaparezca toda duda y la confundibilidad con otros lotes".

Y dice la Sala falladora, que no se estableció la identificación del lote materia de la reivindicación, porque si al tenor de la demanda, dicho lote linda por el costado derecho con terrenos de la misma demandada mojones de por medio, fue lo cierto, que la diligencia de inspección ocular practicada sobre el terreno tendiente a localizar e identificar el lote en cuestión, vino a ser de resultado infructuoso, porque ni los peritos ni el Juzgado, encontraron los mojones, solamente uno, el señalado por los testigos que se oyeron en la diligencia y que apareció enclavado sobre la línea que separa hoy los potreros de "Santa Inés" y "La Merced". Advierte el Tribunal, "que aunque los mismos deponentes hablaron de que tiempos antes hubo o vieron otros mojones, pero si nada se pudo localizar sobre el terreno por estos mismos declarantes, resulta en consecuencia, que no se evidenció singularización de lote alguno; porque para que haya singularidad, cree el Tribunal, deben primero fijarse y ubicarse los mojones. Finalmente, concretando la argumentación, dice la Sala: "Esa prueba testimonial no sirve para singularizar actualmente, sino para hacerlo en juicio de deslinde y amojonamiento, ya porque los linderos materiales deben existir impresos en el terreno, ya porque ellos deben constar en documentos escritos, pues la prueba testimonial en estos casos, no sirve sino para aclarar o identificar linderos fijados sobre el terreno".

Con fundamento en estas observaciones y otras, para el caso, de menor importancia, concluye el Tribunal: "Que el lote de terreno llamado 'San Rafael' demandado (sic) no está bien delimitado, no es cosa singularizada, y por tanto ese puede ser objeto de otro juicio en que se fijen y coloquen los mojones en el cual, a la vez, quedarán delineados los respectivos derechos. Y así falta la legitimación en la causa de saber pedir (sic), que acarrea la improcedencia de la acción".

La parte demandante, que es la recurrente, no acepta las apreciaciones que informan la tesis que sostiene la sentencia, y ataca el fallo en casación por la primera de las causales indicadas en el artículo 520 del C. J., "ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida, e interpretación errónea"; causal que sustenta en haber el Tribunal interpretado erróneamente la demanda y la contestación dada a ella, por haber prescindido de la prueba testimonial, e interpretado con error de hecho evidente, todos los demás elementos probatorios aducidos durante las instancias del proceso. Como disposiciones quebrantadas, señala las de los artículos 210, 205, 338, 329, 333, 737, 604, 605, 593, 597, 630, 632, 697, 722, 724, 730, 734, 862, 870 del C. J.; y 1757, 1765, 1759, 1602, 1618, 1619, 1857, 946, 947, 950, 952 y 669 del C. C. Disposiciones que, a su decir, dejaron de aplicarse unas, y otras, lo fueron indebidamente, erróneamente, por no ser pertinentes a la materia debatida.

Los cargos.

Los cargos que hace el recurrente a la sentencia vienen formulados en varios capítulos, pero concretándolos, pueden reducirse a lo que en seguida se verá.

Primer cargo.

El Tribunal violó las disposiciones de los artículos 946, 947, 950, 952 del C. C. y 210, 205, 328, 329, 333 del C. J. por haber interpretado con error de hecho evidente, tanto la demanda como su respuesta, y por haber confundido una excepción dilatoria con una perentoria y haberlo declarado así en este fallo.

El recurrente fundamenta así la acusación: No es exacta la afirmación que hace el Tribunal, de que no se ha singularizado en la demanda el predio objeto de la reivindicación, porque en la primera petición se expresaron con absoluta claridad los linderos de la parcela reivindicada, como puede verse en el propio texto del libelo. De otro lado, la falta de determinación del objeto de la demanda, habría constituído motivo de excepción dilatoria, mas no de una perentoria, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 205 y 737 del C. J.

Se considera:

El Tribunal no dijo en parte alguna de su fallo que la parte demandante no hubiera señalado en la demanda linderos al lote objeto de la reivindicación; dijo, que por cuanto los mojones indicados como lindero del lote por la parte Norte, no fueron encontrados, ni siquiera localiza-

do el punto en donde han debido estar, quedaba el terreno sin límites materiales por un lado, es decir, no establecida materialmente la singularidad del fundo, tal como fue señalada en la demanda.

Singularizar un inmueble, particularizarlo entre otros, es cosa distinta del proceso tendiente a precisar materialmente y sobre el terreno esa misma singularidad. Se singulariza un inmueble llamándolo por sus linderos, y esa alindación se objetiviza materialmente, mediante la identificación de las líneas divisorias que lo separan de los demás y que lo hacen inconfundible con los otros. Si, pues, el demandante cumplió con el deber legal de singularizar en su demanda el lote objeto del litigio, como así lo reconoció el Tribunal, pero luégo, durante el trámite del juicio, no logró evidenciar materialmente la alindación fijada, no puede estimarse, como lo cree el Tribunal, que ésta —la alindación— haya desaparecido por tal suceso o circunstancia; a lo más, sencillamente, que el predio singularizado en el libelo no fue identificado, que no lo fue, porque sus linderos no pudieron precisarse, determinarse o conocerse materialmente, apreciarse en su realidad externa. Ahora: como la sentencia del Tribunal se basa, no en la consideración de que el terreno no viniera singularizado en la demanda, sino en que no pudo identificarse o precisarse materialmente esa singularidad, es improcedente el cargo que se hace a la sentencia en razón del concepto que se ha venido viendo.

Agrega el recurrente, en la parte final del cargo que se estudia, que el Tribunal violó el artículo 329 del C. J., "porque la falta de determinación del objeto de la demanda no constituye una excepción perentoria sino una dilatoria de especial y previo pronunciamiento". El Tribunal, se repite, no dijo en parte alguna de su fallo que el demandante no hubiera determinado el objeto de la demanda; afirmó que el objeto no había sido posible identificarlo. Ahora bien: como una de las condiciones esenciales para la eficacia de una acción reivindicatoria, es precisamente esa, que el juicio verse sobre cosa singular determinada e identificada, para así poder concluír que lo que se reivindica es lo mismo que posee el demandado, y esa declaración como cuestión de fondo sólo puede hacerse en la sentencia, síguese que mal podía considerarse este hecho como motivo de excepción dilatoria y anticiparse el Tribunal a hacer esta declaración. Las excepciones dilatorias tienen su fin, otra procedencia, y la ley las limita a las categorías o clases señaladas taxativamente en la ley de procedimiento judicial. Es improcedente, por lo expuesto, todo el cargo.

Segundo cargo.

Violó el Tribunal los artículos 604, 606 del C. J., y el 1769 del C. C., por cuando la sentencia afirma que no fue citada la actual poseedora del inmueble, ni demostrada la posesión de la demandada sobre el fundo materia de la reivindicación, siendo, que no sólo con la confesión dada por ésta, sino con varios otros elementos probatorios se evidencia este extremo de la acción.

Considera la Corte:

En ninguna parte de la sentencia hace el Tribunal las afirmaciones fundamento o contenido del cargo que se acaba de enunciar. Las palabras del Tribunal en cuanto estudia el elemento posesión, son estas: "No se halla una prueba clara y precisa sobre la singularidad del fundo, ni que la demandada posea ese mismo fundo así singularizado por los linderos detallados en la primera petición". Para poder afirmar que alguien posee un bien determinado, que tiene la tenencia de él con ánimo de dueño, precisa saber de qué bien se trata; mas si resultare, como en el caso de autos, que el bien no puede identificarse, palparse en su contenido, no puede atribuírse, en principio, posesión alguna, porque esta figura sólo puede predicarse de los entes que se conozcan o se ven, ya que la posesión material, simple hecho, se comprueba con hechos perceptibles por el sentido de la vista y como atributo de algo corporal, delimitado e identificado, perceptible en su realidad externa. Si, pues, el bien no pudo identificarse materialmente, no incurrió en error alguno el Tribunal, al afirmar, que por ese medio no se demostró el elemento posesión, factor que configura, entre otros, la eficacia de una acción de dominio como ésta; mas como es hecho aceptado, no discutido por las partes que la demandada, sí posee el lote materia de la reivindicación, no puede aceptarse la apreciación del Tribunal, en cuanto afirma lo contrario; pero aunque así lo sea, como este hecho no es la base o el fundamento que tuvo en cuenta la Sala falladora para imponer su fallo, síguese que el cargo es inoperante, que no incide como causal de casación.

Tercer cargo.

El Tribunal incurrió en error de derecho al desechar como ineficaces la diligencia de inspección ocular, el dictamen de los peritos, así como la prueba testimonial que se recibió dentro del término legal, y recogida de los señores Alberto Cárdenas, Domingo Riascos, Manuel Ortega, y otros elementos probatorios mediante los cuales, dice, se demostró la identificación del lote materia del litigio.

En fundamento de este cargo, hace el recurrente las siguientes consideraciones:

".....en tratándose de identificar o precisar la extensión de un predio, puede ocurrir a todos los medios probatorios, como a la prueba testimonial, ya que se trata de comprobar hechos materiales, apreciables por los sentidos, como lo es la existencia de mojones en determinados lugares; mas no lo estimó así el sentenciador, que sostuvo que la prueba era legalmente ineficaz, inadmisible.

"Pues bien, con el objeto de precisar los linderos por el costado derecho u oriental del fundo **reivindicado**, se presentaron, en primera instancia, las declaraciones de los señores Alberto Cárdenas, Domingo Riascos, Manuel Ortega y otros, visibles a fojas 15, 17 vta. y 19 vta. del cuaderno número 1, mediante las cuales se demostró que el lote reivindicado, por el costado derecho u oriental, limitaba con propiedades de la demandada por una serie de mojones, de los cuales, el primero, hallado en la inspección ocular, estaba colocado cerca de una mata de Cerote; luégo, siguiendo en dirección de Sur a Norte, y en línea recta, esta serie de mojones terminaba en la cabecera o costado Norte del predio reclamado, en el límite de las propiedades de Segundo Mora y Primitivo Bolaños..."

"La prueba testimonial, desechada por el Tribunal, se encaminaba, precisamente, a aclarar o identificar los linderos fijados antes sobre el terreno y determinados en la escritura de venta celebrada entre mi mandante y la Revelo, en la cual se dijo, no una, sino varias veces, que el lote que se reservaba la vendedora quedaba deslindado por medio de mojones; ahora, como estos mojones desaparecieron parcialmente, hubo necesidad de recurrir a la prueba testimonial para que designaran los mojones como en efecto lo hicieron los testigos, en donde estaban ubicados los mojones; y como este es un hecho que cae bajo la acción de los sentidos, es claro que la prueba testimonial es procedente o aceptable, pues se trata de establecer un hecho material.

"El Tribunal al no estimar la prueba testimonial incurrió en un error de derecho, porque, siendo conducente la prueba, la rechazó por creerla ineficaz, y así violó los artículos 593, 693, 697 del C. J. por no haberlos aplicado al pleito, ya que tales disposiciones determinan el valor probatorio de los testimonios".

Sobre el particular dijo el Tribunal:

"Al verificar la identificación el señor Juez de la primera instancia con peritos no encontraron los tales mojones; solamente los testigos presentados en esta diligencia señalaron un mojón sobre la línea que separa los potreros de 'Santa Inés' y 'La Merced'; pero ninguno otro se pudo constatar, quedando así sin límites materiales por ese lado; y aunque algunos testigos digan que hubo otro mojón en el extremo límite hacia el lindero que separa con Primitivo Bolaños y Segundo Mora y otros intermedios, ello no puede tenerse en cuenta para la reivindicación porque entonces no hay singularidad del fundo, debe primero fijarse y ubicarse los mojones, lo cual es materia de juicio distinto. Esa prueba testimonial no sirve para singularizar actualmente... la prueba testimonial en estos casos, no sirve sino para aclarar o identificar linderos fijados sobre el terreno de antemano".

Se considera:

Las normas que informan todo nuestro sistema probatorio, indican, que a los litigantes les corresponde determinar y elegir el modo legal que estimen conveniente para demostrar los hechos o actos jurídicos sobre que verse la materia de la controversia; establecen también, que todo medio probatorio de los comprendidos dentro de la tarifa legal, es hábil para obtener ese efecto, siempre que la misma ley no haya establecido que para probar determinada relación sea necesario un determinado medio específico con exclusión de los otros, o cuando haya expresado, que ciertos medios no son admisibles para comprobar ese hecho o establecer un derecho determinado.

En esta materia, la Corte tiene establecido que, "sea, pues, por el concepto positivo, pruebas preestablecidas por la ley para comprobar un hecho, ó sea por el concepto negativo, pruebas no admisibles para demostrar un hecho, el legislador ha establecido un criterio taxativo en esta materia, de modo que cuando no existe

ni el extremo positivo ni el negativo, rige la regla general, o sea que dentro de la tarifa legal de pruebas pueden las partes presentar las que crean pertinentes a la defensa de sus derechos y demostración de sus pretensiones". (G. J. Nº 1900, fallo de 21 de agosto de 1935, pág. 375 y ss.)

Dispone el artículo 596 del C. J., que los hechos conducentes de la demanda o defensa deben demostrarse de manera plena por alguno o algunos de los medios probatorios reconocidos por la ley (Título XVII del Código de Procedimiento Civil). Tratándose de la identificación de un predio, es decir, de evidenciar que sus linderos en el terreno son los mismos que los que reza el título, que la alindación dada en éste corresponde a la del terreno, o que dentro de los linderos de un globo general está ubicado el bien singularizado en la demanda, esa identificación procede o debe hacerse mediante inspección ocular, por ser éste el medio más adecuado para ello; pero la inspección ocular no es, sin embargo, el único medio pertinente, porque también dan esa demostración la prueba pericial y el testimonio. La Corte ha dicho: "Ni el Código Judicial anterior a 1931, ni en el vigente estableció el legislador que la prueba única o pertinente para la identificación de un fundo fuera la de inspección ocular, ni la jurisprudencia jamás ha establecido tal cosa, sino todo lo contrario. Por eso en sentencia de 30 de abril de 1931, publicada en el número 1879 de la Gaceta Judicial, dijo la Corte que el lote de terreno que es objeto de una reivindicación puede identificarse con declaraciones de testigos, cuando falta el dictamen pericial". (G. J. Nº 1900, fallo de 21 de agosto de 1935, página 375).

En el presente caso, hubo inspección ocular, prueba de peritos, y se recibieron varios testimonios, elementos estos que, dice el recurrente, fueron estimados por el Tribunal erróneamente, consumando así quebranto de las varias disposiciones legales que cita al formular el cargo.

Inspección ocular. Son de la diligencia de inspección ocular estos pasajes: "El señor Juez en asocio de los peritos, de los testigos actuarios y del suscrito secretario procedió a hacer el recorrido del terreno materia de la diligencia... Verificado el recorrido y al tiempo en que él se hacía el señor Juez dispuso que los testigos actuarios indicaran los lugares donde estaban hechos los mojones. Estos en cumplimiento a la disposición anterior mostraron un mojón rectangular, puesto en tierra al borde de la zanja que separa el potrero que actualmente se conoce con el nombre de Santa Inés y el que lleva en la actualidad el nombre de La Merced; este mojón se encuentra al lado de una mata de Cerote, pero los mismos testigos actuarios no encontraron ningún otro mojón que hubiera sido hecho con dirección a las propiedades del señor Primitivo Bolaños o del señor Segundo Mora, si bien el testigo Alberto Cárdenas manifestó que otro de esos mojones lo vio hecho en la ceja que existe en el potrero que hoy se llama Santa Inés, al lado de una mata de aliso, siguiendo la dirección a propiedades del señor Primitivo Bolaños". (Ha subrayado la Corte).

En el dictamen rendido por los peritos, se lee: "Cuando examinamos el potrero San Rafael en compañía del Juzgado, encontramos un mojón colocado al filo de la zanja que separa el potrero denominado actualmente Santa Inés, del potrero de Santo Domingo y por las señales aparentes en dicho mojón tiene más de diez años de existencia, pero como ese mojón es el único punto de referencia, no se puede trazar una línea que vaya a determinado lugar, ora sea a las propiedades de Primitivo Bolaños, ora sea a las de Segundo Mora, pues desde un punto se pueden trazar infinidad de líneas. Los linderos que da la demanda al potrero San Rafael son visibles y ostensibles en tres costados; pero en el oriental, sólo hay visible un mojón que está indicado en el croquis que acompañamos a este concepto". (Subraya la Corte).

El Tribunal estimó que este elemento probatorio no daba certeza en relación con la identidad de la finca, puesto que, no habiéndose podido precisar uno de los linderos, equivalía ello a considerar que el lote no había sido precisado en toda su realidad material. Ahora: como este proceso o apreciación objetiva, es precisamente lo que constituye o configura la identidad de un bien, claro que si no se encuentran los linderos que lo comprenden o lo encierran, es porque no se ha podido identificar la finca. Siendo así, mal podía el Tribunal haberse fundado en esta prueba para dar por establecido y con base en ella, la identidad del bien en relación.

Las declaraciones — Alberto Cárdenas, dice: "Por haber sido testigo presencial y haber permanecido en esa vecindad me consta y aseguro, que los mojones del costado derecho del citado fundo San Rafael, a que me he referido en mi respues-

ta anterior, consistían en huecos hechos en tierra, cuyo número no recuerdo si eran tres o cuatro, y al lado de uno de esos mojones existía una mata de Cerote. Tales mojones estaban hechos en línea recta de sur a norte y tanto ellos como la mata de Cerote han sido quitados o mejor han desaparecido, porque allí se han establecido sementeras". — **Domingo Riascos**, expone: "Por haberlo presenciado me consta que en el costado derecho del citado fundo San Rafael, existía un mojón hecho en tierra, al lado de una mata de cerote, y otro mojón también hecho en tierra a la distancia de una cuadra más o menos, con dirección de sur a norte. No he visto otros mojones; pero supe que esos mojones seguían en línea recta hasta la propiedad de Segundo Mora, según me contaron los señores José y Enrique Realpe, que dijeron habían hecho esos mojones. En la actualidad no existen esos mojones, porque han sido borrados por sementeras que ha hecho establecer la señora Orfelina Revelo v. de Alomía, entregándoles posesión o tenencia a sus peones.... Los mojones que conocí estaban situados de sur a norte, de modo que, según referencias de los dichos Realpe, ellos seguían en línea recta es claro que tenían que salir a la propiedad del señor Segundo Mora".—**Manuel Ortega**, dice: "Por haber presenciado me consta y aseguro que los mojones del costado derecho del citado fundo San Rafael, consistían en mojones hechos en tierra, en dirección de sur a norte, uno de los cuales estaba situado al lado de una mata de cerote; mojones que han desaparecido porque en el lugar donde estaban han efectuado sementeras, y han sido borrados por lo mismo".

Estos deponentes, cuyas declaraciones, dice el recurrente, fueron estimadas con error, nada dicen tampoco en relación con la identidad de la finca; confirman un hecho no discutido, que el inmueble, por el lado derecho, estaba separado por una línea de mojones. Mas, ese no es el hecho sujeto a investigación; lo que se averigua, es, si los mojones existen ostensiblemente, si pudo precisarse el lugar de ubicación de los mismos, si se identificaron estos sitios; y bien se ve que los testigos nada dijeron en relación con estas circunstancias. Si los deponentes hubieran concurrido a la diligencia de inspección ocular, y allí sobre el terreno hubieran declarado indicando o señalando lugares, seguramente otras consideraciones hubiera hecho el Tribunal. Lo dicho es suficiente para concluír que la Sala falladora, al declarar ineficaces al hecho debatido las pruebas que se han venido viendo, no causó quebranto de ninguna disposición legal, pues dio a tales elementos el valor indicado por la crítica legal. Es por tanto infundado el cargo.

Cuarto cargo.

El Tribunal violó los artículos 1759, 1602, 1618, 1619, 1857, 946, 947, 950, 952 del C. C., lo mismo que los artículos 593, 597, y 630 del C. J., al estimar, apreciar e interpretar con error de hecho evidente, la cláusula primera de la escritura número 111 de 19 de abril de 1923, de la Notaría de Túquerres, "porque los linderos señalados en la parte petitoria de la demanda atañen a la parte que del potrero San Rafael se reservó el vendedor" y "los descritos en la escritura de venta se refieren a la parcela comprada por la Revelo pero no a la que se reservó mi mandante".

Se explica:

La sentencia del Tribunal no tuvo oportunidad de hacer distingos de linderos, ni menos referirse a las anotaciones de que habla el recurrente en relación con esos mismos linderos. El Tribunal falló negando la acción reivindicatoria sostenida en la demanda, por la única razón, de que el lote singularizado en el libelo como objeto del litigio no pudo identificarse.

Los artículos 946, 947, 950, 952 del C. C. se refieren a la definición de acción reivindicatoria, a lo que se entiende por cosa singular reivindicable, a las personas en quienes radica el derecho y tienen la obligación correlativa. Ni dice el recurrente, ni la Sala lo entiende, cómo pudo el Tribunal haber incurrido en violación de estas normas legales que ni siquiera tocó directa ni indirectamente en el cuerpo de su fallo, a no ser para dar la definición de acción reivindicatoria, y para decir que uno de los factores que la configuran —identidad de la cosa singular— no obtuvo en los autos comprobación legal.

Tampoco violó el Tribunal el artículo 1602 y demás del tratado sobre "Efecto de las obligaciones e interpretación de los contratos", pues el Tribunal no invalidó el contrato de venta celebrado entre las partes del juicio; simplemente dijo—claro que inoficiosamente—que la vendedora no expresó en el contrato de venta que hizo a la señora Revelo de Alomía, cuáles eran los linderos del terreno que se

reservaba, o que no quedaba incluído en el contrato que firmaba.

Por lo que hace a la otra disposición que se estima violada, artículo 1857 del C. C., que indica, que la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, y cuáles las solemnidades que para celebrarlo legalmente prescribe la ley en ciertos casos, tampoco ha sido violado por el Tribunal. Nada más extraño al contenido del fallo que se acusa, que la cita de estas disposiciones; por lo demás, el Tribunal aceptó el contrato de venta sin entrar a discutir sobre su solemnidad y demás formalidades que exige la ley para acto de esta naturaleza. Se rechaza el cargo.

Quinto cargo.

Con manifiesta violación de los artículos 669, 947, 950 y 952 del C. C., incurrió el Tribunal en error de derecho, en cuanto declara, sin fundamento legal, improcedente la acción reivindicatoria.

El recurrente sustenta el cargo así:

"El artículo 669 del C. C., en armonía con el respectivo artículo de la Constitución, consagra el derecho de propiedad, que lo define así: "Dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno", derecho ajeno que comprende también el interés social para que el propietario se abstenga de ciertos actos o ejecute otros que aprovechan a la comunidad.

"Habiendo consagrado la ley este derecho, naturalmente tiene que existir la acción adecuada para hacerlo valer en juicio; y esta acción, llamada reivindicatoria, se halla concedida en el artículo 946 del C. C., que complementan o explican los artículos 947, 950 y 952 del mismo Código.

"Si ha sido desconocido o vulnerado el derecho de propiedad, la acción tiene que ejercitarse por el titular o propietario, o sea, por el sujeto activo de la relación; y debe ejercitarse contra el sujeto pasivo, esto es, contra el detentador de la cosa, que debe determinarse en la demanda, sin perjuicio para que en el curso del juicio pueda probarse su mayor o menor extensión.

"Claro está que si se demanda a quien no detenta la cosa, la acción tiene que fracasar; e igual suerte correrá si quien demanda no es el titular del derecho o no prueba el hecho en que funda su acción.

"Cuando la acción reivindicadora se dirige contra una persona que no posee o detenta la cosa, se dice que la demanda es improcedente, lo que significa que se ha hecho una súplica de modo indebido, contra quien no está obligado por la relación jurídica. Existe entonces una ineptitud sustantiva de la demanda, que si aprovecha al demandado, en nada favorece al verdadero detentador.

"La improcedencia de la DEMANDA o ineptitud sustantiva, es complemente distinta de la improcedencia de la ACCION.....

"En tratándose del derecho de propiedad, consagrado en el artículo 669 del C. C., la acción que lo garantiza o sanciona, cuando ha sido desconocido o vulnerado en determinadas circunstancias, no es otra que la llamada acción reivindicatoria, cuyos requisitos de fondo determinan los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C., artículos que el Tribunal ha violado porque no los aplicó al caso del pleito o porque los interpretó en forma errónea, no obstante que tales disposiciones fueron invocadas en la demanda, y durante el juicio, se han probado los hechos básicos de la acción, tanto que el propio Tribunal se vio precisado a reconocer que mi mandante ha probado la propiedad o señorío del inmueble que reivindica. ¿Por qué, pues, es improcedente la acción, cuando es la que consagra el artículo 956 del C. C.?"

La Corte considera:

El derecho de dominio radicado en persona determinada conforma un estado de cosas, una situación que obliga a todos los demás sujetos de derecho a respetarla, a reconocerla. La acción reivindicatoria, como todas las demás, entraña el ejercicio de un derecho y surge del quebranto que un tercero haya infringido a ese estado, es decir, nace de un hecho ajeno al titular del derecho, y tiene como objeto el restablecimiento normal de determinada relación jurídica. Pero no basta que una acción exista y resida en la persona del demandante para que le sea reconocida; precisa, que dicha acción haya sido deducida de acuerdo con la ley, previa demostración de los elementos que la configuran, ya que si el actor, en caso dado, descuida la comprobación de alguno de estos elementos, la acción va inevitablemente a su fracaso.

La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio del demandante; c) Posesión

material en el demandado; y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado. El Tribunal en la sentencia acusada, considera que la acción de dominio intentada residía y reside en la persona del demandante, por ser ésta la titular del derecho de dominio disputado; y al confirmar la sentencia del Juzgado implícitamente declaró que la acción vino a tornarse improcedente, por cuanto no se había demostrado o establecido la identidad de la finca, factor esencial e indispensable para la eficacia o prosperidad de las acciones de dominio. Y el Tribunal falló bien, por cuanto no habiéndose demostrado la identidad de la finca, la acción, técnicamente resultaba improcedente o no procedente que es lo mismo. La Corte tiene establecido que, "Es improcedente la reivindicación de un terreno que tiene por lindero de un costado una línea que no ha podido identificarse sobre el terreno; porque en tal caso es indeterminado el objeto de la reivindicación". (**Jurisprudencia de la Corte**, Tomo 3º, pág. 785). Lo dicho es suficiente para rechazar este último cargo.

Resolución.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve de mayo del corriente año, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Libório Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCIONES SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO Y SOBRE CONCLUSION DE UNA CUENTA CORRIENTE.—PLAZO Y CONDICION

1.—Lo que diferencia fundamentalmente el plazo de la condición es que el plazo envuelve un suceso futuro, pero cierto, en tanto que la condición es futura pero incierta.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, noviembre ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes.

Entre "Julio A. Añez & Cía., Sucesores", Sociedad comercial en comandita simple, de Maracaibo, Estados Unidos de Venezuela, y "Cristo Vélez & Cía.", sociedad mercantil colectiva, de Cúcuta, se establecieron desde el año de 1918 relaciones de negocios vinculados a importación y exportación de mercaderías y café por la vía de Maracaibo en forma de contrato de cuenta corriente en que se concedieron créditos recíprocos con imputación de intereses y con la estipulación de que se haría liquidación de saldo con vencimientos semestrales. La cuenta se llevaba en la casa de Maracaibo y los balances que en 30 de junio y 31 de diciembre pasaba a la casa de Cúcuta se anotaba el saldo con la indicación de "vencido hoy". El correspondiente al 31 de diciembre de 1933 arrojó un saldo de 48.770.75 bolívares, moneda venezolana, a cargo de Cristo, Vélez & Cía., aceptado por éstos como exigible en esa fecha.

Por circunstancias de diverso orden que dificultaron el pago del saldo pendiente de la cuenta corriente en esa época, la casa "Julio A. Añez & Co., Sucs.", en carta del 2 de enero de 1934, luégo de hacer referencia a dos giros hechos por Cristo, Vélez & Co. a su favor y a cargo de Meyer & Co. para abonar al saldo referido, no cubierto por los girados por carencia de fondos de los giradores, les manifiestan que en adelante no seguirán trabajando con casas del Departamento de Santander del Norte por haberse encargado de tales negocios sus socios Breuer Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, a quienes están traspasando los saldos correspondientes. Dice así la parte atienente de esta carta:

"Negocios.—Como consecuencia de una tramitación en el orden interior nos adelantamos a comunicarles que desde esta fecha los que hacíamos en la Cordillera y ese Departamento serán hechos por nuestros socios Breuer Moller & Co., Sucs., y a fin de poder corresponder a las condiciones establecidas, tanto los saldos a que como acreedores como las ventas que sigamos efectuando estamos traspasándolas a dichos socios y de allí que hayamos incluído el saldo que a nuestro favor presenta su apreciable cuenta hasta el 31 del pasado mes de diciembre según lo comprueba la inclusa cuenta corriente o sean Bs. 48.770.75, cuya conformidad nos avisarán".

Cristo, Vélez & Co., en carta del 17 del mismo enero, ofrecen a la casa de Maracaibo arreglar el asunto de los giros no pagados con Breuer Moller & Co., cosa que hicieron según testimonios del proceso, se declaran conformes con la noticia del traspaso de ventas de café y saldos a los citados Breuer Moller & Co. y les ofrecen hacer todo lo que esté a su alcance para extinguir lo más pronto su saldo de la cuenta corriente.

En estas condiciones Breuer Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, cuya casa principal en Maracaibo es socia de Julio A. Añez & Co., Sucs., de esa misma plaza, entraron en conversaciones con Cristo, Vélez & Co. para garantizar y obtener el pago del saldo a favor de Julio A. Añes & Co. y en ellas se convino lo que da cuenta la siguiente carta que Breuer, Moller & Co., Sucs., dirigieron a Cristo, Vélez & Co., ambos en Cúcuta, el 5 de marzo de 1934:

"Muy señores nuestros y amigos:

Confirmamos la conversación celebrada entre su señor D. Miguel y nuestro señor Molles, y en la cual se convino que para asegurar la deuda que ustedes tienen pendiente con los señores Julio A. Añes & Co., Sucs., de Maracaibo, nos entregarán en calidad de depósito la suma de ocho mil pesos ($ 8.000) moneda corriente colombiana, en el curso de la pre-

sente semana, abonándoles intereses al mismo tiempo que les cobran los señores Julio A. Añez & Co., Sucs. Nosotros devolveremos a ustedes esta cantidad tan pronto esté cancelada la acreencia de la nombrada firma.

"Además, con abano a la nombrada cuenta ustedes dejarán a los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., el 20 por 100 sobre las ventas que efectúen de café al exterior, como hasta ahora, y mientras existen los impedimentos provenientes del control de cambios para el pago de la deuda total. Es entendido que ustedes efectuarán despachos frecuentes de café para dar cumplimiento a este compromiso.

"Quedamos pendientes, pues, de la suma de $ 8.000 que deben consignarnos, y mientras recibimos su confirmación a lo anteriormente expuesto, nos suscribimos attos. amigos y ss., **Breuer, Moller & Co., Sucs.**"

La autorización de la casa acreedora Julio A. Añez & Co., Sucs., a lo consignado en esta carta resulta de su demanda misma en que lo afirma. Dan fe los autos de que la sociedad demandada consignó la garantía prendaria de los $ 8.000 en poder de Breuer Moller & Co., a buena cuenta del saldo, para abonar su equivalente en bolívares en diciembre de 1934 y febrero de 1935, por medio de cheques girados por la sucursal del Banco de la República a favor de la casa acreedora, 899 y 449, 75 dólares. De aquí en adelante, "no pudiendo nosotros —dicen los demandados— por las condiciones del mercado hacer exportaciones de café por no convenirnos comercialmente, hubimos de suspenderlas en guarda de nuestros intereses, quedando naturalmente pendiente a nuestro cargo la deuda contraída con los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo.

Los dos giros a que se acaba de hacer referencia, como el resultado de las demás operaciones que siguieron realizándose entre las firmas actora y demandada durante el año de 1934 y el primer trimestre de 1935, redujeron el saldo a cargo de Cristo, Vélez & Co., a la cantidad de 40.829.45 bolívares a que se refiere el balance de 23 de marzo de 1935, y que es el señalado por la demanda en este juicio como actualmente exigible, y cuya cuantía ha sido expresamente acptada por los demandados.

En esta situación, Julio A. Añez & Co., Sucs., por medio de apoderado debidamente constituído después de haber obtenido embargo preventivo de algunos bienes de Cristo, Vélez & Co., en libelo fechado el 17 de diciembre de 1935 y ante el Juzgado Civil del Circuito de Cúcuta, demandaron a la sociedad deudora para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se la condenara:

"a) A pagar a los señores Julio A. Añes & Co., Sucs., sociedad mercantil en comandita simple, domiciliada en la ciudad de Maracaibo, Estados Unidos de Venezuela, representados en esta ciudad por mí, la suma de cuarenta mil ochocientos veintinueve bolívares con cuarenta y cinco céntimos de bolívar, moneda nacional venezolana, o el equivalente de esa suma en moneda legal colombiana al tipo del cambio el día de su pago suma que representa el saldo vencido y exigible para el 23 de marzo de 1933, de las cuentas llevadas entre mis representados y los señores Cristo, Vélez & Co., demandados;

"b) Los intereses de esta suma al 9 por 10 anual a partir del 23 de enero de 1935, hasta el día del pago o los intereses legales correspondientes y las costas del presente juicio".

En subsidio pidió que se declarara vencida la cuenta corriente llevada entre las sociedades actora, y demandada, y que se condenara a Cristo, Vélez & Co. a pagarle al demandante, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la suma que resulte como saldo de la liquidación que por peritos deba hacerse de la cuenta corriente precitada, más los intereses ya citados y las costas del juicio.

Notificada legalmente esta demanda fue contestada por el gerente de la sociedad demandada aceptando la realidad de la cuenta corriente y la cuantía del saldo demandado, pero negando el derecho a la sociedad actora para cobrarlo por haber cedido en forma legal a Breuer, Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, a quienes reconocían como exclusivos acreedores de esa suma en las condiciones de pago acordadas con ellos no como recomendados o mandatarios de Julio A. Añez & Co., de Maracaibo, sino en su condición de cesionarios y dueños del crédito. En esta misma posición y en la forma legal "Cristo, Vélez & Co." presentaron demanda de reconvención contra la sociedad demandante para que se la condenara al pago de los perjuicios causados con el embargo de sus bienes preventivamente obtenido para el cobro de una obligación que no debían a los embargantes. „

Surtidos los trámites del primer grado, el Juzgado del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 12 de julio de 1938, decidió:

"1º Están concluídas las cuentas corrientes habidas entre los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, y Cristo, Vélez & Co., de esta ciudad;

"2º Condénase a los señores Cristo, Vélez, & Co. de esta ciudad, a pagarle a los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, dentro de los seis días posteriores a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de cuarenta mil ochocientos veintinueve bolívares con cuarenta y cinco céntimos de bolívar o su equivalente en moneda colombiana al tipo del cambio del día del pago, más los intereses de esta suma al 9 por 100 anual computados desde el 23 de marzo de 1935 hasta el día del pago;

"3º Se absuelve a los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, de los cargos de la demanda de reconvención;

"4º Condénase a los señores Cristo, Vélez & Co., de esta ciudad, en las costas del juicio":

Sentecia acusada.

La oportuna interposición del recurso de apelación por parte del representante de la sociedad demandada contra la sentencia del Juzgado de Circuito dio lugar a la segunda instancia que se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona y, que finalizó con el fallo del 30 de noviembre de 1939, en que se resolvió:

"1º Confirma los apartes 1º y 3º de la sentencia recurrida en cuanto declara concluída la cuenta corriente habida entre los señores Julio A. Añez & Co., Sucesores, de Maracaibo, y Cristo, Vélez & Co., del comercio de Cúcuta, y se absuelve a los demandantes de los cargos de la demanda de reconvención.

"2º Revoca los apartes 2º y 4º del mencionado fallo, y en su lugar declara que no es el caso de condenar a los señores Cristo, Vélez & Co., de Cúcuta, a pagarles a los señores Julio A. Añez & Co., Sucesores, de Maracaibo, la cantidad reclamada, saldo proveniente de la cuenta corriente habida entre demandante y demandado.

"3º Decrétase el desembargo de los bienes que fueron embargados preventivamente a los señores Cristo, Vélez & Co., del comercio de Cúcuta, por auto de fecha 11 de diciembre de 1935, proferido por el extinguido Juzgado 3º del Circuito de Cúcuta. Por el Juzgado del conocimiento se librarán los oficios del caso.

."4º Las costas de ambas instancias corren a cargo de la parte demandante".

Las razones en que el Tribunal apoya la resolución de su sentencia, acusada ante la Corte en recurso de casación debidamente interpuesto por ambas partes, se resumen a continuación:

Las negociaciones celebradas entre las dos casas comerciales que han debatido en este pleito y que constituyen el origen de sus demandas reúnen los elementos jurídicos de esencia y de naturaleza que integran el contrato de la cuenta corriente regulada por los artículos 730 y siguientes del C. de Co., aplicables, por consiguiente, para la decisión del litigio.

No tuvo realidad jurídica la cesión del saldo de la cuenta corriente debido por Cristo, Vélez & Co. y que se dice fue hecha por Julio A. Añez & Co. a favor de Breuer, Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, según lo sostuvo la sociedad demandada al contestar su demanda; de tal modo que las obligaciones originadas en el contrato de cuenta corriente vinculan directamente a actor y demandado, como acreedor y deudor.

Al analizar el Tribunal la intervención que Breuer, Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, tomó en las operaciones comerciales que se desarrollaron entre Julio A. Añez & Co., Sucs., y Cristo, Vélez & Co., según las cartas a que ya se hizo referencia, concluye que se redujo a cumplir el encargo o recomendación que le hizo la casa acreedora de Maracaibo "para el arreglo, satisfacción y forma del pago" del saldo de la cuenta corriente de 40.829. 45 bolívares, saldo exigible en 23 de marzo de 1935. "Por consiguiente —dice la sentencia— debería prosperar la acción iniciada, si dicha exigibilidad no hubiera sido condicionada por el convenio celebrado entre el deudor y Breuer, Moller & Co., Sucs., autorizado por el acreedor (carta del 5 de marzo de 1934), porque en él se pactó, que el saldo de dicha cuenta se cancelaría con el 20 por 100 de las ventas de café que Cristo, Vélez & Co. efectuara en el exterior, mientras subsistieran los impedimentos provenientes de la legislación sobre control de cambios y exportación, circunstancia ésta que introdujo una notable modificación a la exigibilidad del saldo pendiente, concediendo al deudor un plazo indeterminado para el pago de su deuda, dependiente, de la derogatoria de los decretos sobre control de exportaciones, y mientras tanto que el saldo sería pagado con el 20 por 100 del producto de las ventas de café efectuadas

en el exterior. . . . No está por demás observar que el plazo concedido para el pago del saldo a que se viene haciendo alusión no introdujo novación al contrato de cuenta corriente conforme al art. 1708 del C. C., la que concluyó no en virtud de la modificación hecha respecto a la forma de pago del saldo deudor de Cristo, Vélez & Co., sino por mutuo consentimiento de las partes contratantes quienes en la trabazón de la litis dieron por terminada la cuenta corriente".

No debiéndose, en concepto del Tribunal, declarar la exigibilidad del saldo de la cuenta corriente ya cerrada, "lo racional y jurídico es levantar el embargo que preventivamente se decretó en virtud del auto de fecha 11 de diciembre de 1935 por el Juzgado 3º del Circuito de Cúcuta". Y por lo que hace a la demanda de reconvención en que los demandados pidieron que los actores les indemnizaran los perjuicios causados por virtud de este embargo preventivo, la absolución pronunciada por el Tribunal se funda en que en el proceso no se llegó a establecer en forma ninguna que tales perjuicios se hubieran causado.

Recurso de la parte demandante.

Se acusa la sentencia en esta demanda con base en la causal primera del art. 520 del C. J., por ser violatoria de ley sustantiva en los artículos 1551, 1602, 1603 y 1608 del C. C., por falta de aplicación, y por aplicación indebida del 1553 del citado código y 730 y 734 del C. de Co., como consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar e interpretar la carta de fecha 5 de marzo de 1934, dirigida por Breuer, Molles & Co., Sucs., de Cúcuta, a Cristo, Vélez & Co. de la misma ciudad, visible al f. 55 del cuaderno principal, en que se hace alusión a la forma de pago del saldo de la cuenta corriente a favor de Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, por cuanto concluyó, a la vista de este solo documento, que la obligación pura y simple de Cristo, Vélez & Co. de pagar el saldo de la referida cuenta corriente perdió su exigibilidad y se convirtió en una obligación de plazo indeterminado, dependiente de la derogatoria de las disposiciones sobre control de cambios y exportaciones.

Se considera:

La cuestión sometida a la decisión de la Corte por virtud del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal no versa sobre la naturaleza de cuenta corriente que corresponde al contrato originario de las prestaciones que se debaten, ni sobre el cierre de la cuenta, ni sobre la cuantía del saldo con que se liquidó esta cuenta corriente a cargo de Cristo, Vélez & Co. en la fecha a que alude la demanda, extremos estos declarados en el fallo y no atacados en el recurso, ni sobre la cesión de éste, sino simplemente sobre la exigibilidad del pago de aquel saldo. La resolución de este punto se vincula exclusivamente a la interpretación de la carta que Breuer, Molles & Co., Sucs., de Cúcuta, dirigieron a Cristo, Vélez & Co., del comercio de esa misma ciudad, el 5 de marzo de 1934, que es del tenor siguiente:

"Cúcuta, marzo 5 de 1934.

Señores Cristo, Vélez & Co.

Muy señores nuestros y amigos:

Confirmamos la conversación celebrada entre su señor D. Miguel y nuestro señor Muller, y en la cual se convino que para asegurar la deuda que ustedes tienen pendiente con los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, nos entregarán en calidad de depósito la suma de ocho mil pesos ($ 8.000) moneda corriente colombiana, en el curso de la presente semana, abonándoles intereses al mismo tipo que les cobran los señores Julio A. Añez & Co., Sucs. Nosotros devolveremos a ustedes esta cantidad tan pronto esté cancelada la carencia de la nombrada firma.

Además, con abono a la nombrada cuenta, ustedes dejarán a los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., el 20 % sobre bre las ventas que efectúen de café en el exterior, como hasta ahora, y mientras existen los impedimentos provenientes del Control de Cambios para el pago de la deuda total. Es entendido que ustedes efectuarán despachos frecuentes de café para dar cumplimiento a este compromiso.

Quedamos pendientes, pues, de la suma de $ 8,000 que deben consignarse, y mientras recibimos su confirmación a lo anteriormente expuesto, nos suscribimos, atentos amigos y SS. SS., **Breuer, Moller & Co., Sucs.**"

Este documento, en que se dejó testimonio del acuerdo verbal de los gerentes de las dos sociedades, tiene íntima conexión, o mejor, fue la consecuencia, de la carta de fecha 2 de enero de 1934, copiada en su parte pertinente al reseñar los antecedentes del pleito, y en la cual Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, le hacen saber a Cristo, Vélez & Co., del comercio de Cúcuta, que por efecto de trá-

mites de su orden interior, los negocios que hacían en la Cordillera y en el departamento de Santander del Norte serían hechos en adelante por sus socios de Cúcuta, Breuer, Moller & Co., Sucs., y que para acomodarse a estas nuevas condiciones les habían traspasado sus negocios y saldos, entre los cuales estaba el que ellos le debían por efecto del corte de la cuenta corriente a que se ha hecho referencia. Fue por efecto de esta comunicación, aceptada por Cristo, Vélez & Co. en carta, ya citada también, del 17 del mismo mes de enero, como se adelantaron las conversaciones entre los representantes de las dos casas de Cúcuta, que cristalizaron en el arreglo de que da cuenta y testimonio la carta del 5 de marzo, en cuya interpretación se basa la sentencia acusada y tiene que fundarse la decisión de este recurso.

El demandante ha afirmado que estas actuaciones y gestiones referidas en los dos documentos precitados no tuvieron otro objeto ni alcance que darles facilidades a los deudores para verificar su pago, para lo cual encomendaron, por un mero traspaso de contabilidad, a sus socios de Cúcuta para cobrar y percibir el saldo".

La sociedad demandada, por su parte, ha sostenido invariablemente, refiriéndose a los mismos documentos y ésta ha sido su posición jurídica en el debate judicial, que Julio A. Añez & Co., Sucs., hicieron cesión de su crédito por saldo de la cuenta corriente contra ella a favor de Breuer, Moller & Co., Sucs., y que con esta sociedad como dueña del crédito por subrogación de acreedor fue con quien celebró la convención contenida en la citada carta del 5 de marzo de 1934, en que se trasformó la antigua obligación en una nueva, en la que se estipuló por el nuevo acreedor de la obligación que el pago se hiciera a la casa de Maracaibo. Desde este emplazamiento jurídico, en que se alega la cesión y consecuencialmente la novación, sostiene el demandado que nada debe a Julio A. Añez & Co., Sucs., sino a Breuer, Moller & Co., Sucs., que son los únicos acreedores de la obligación que antiguamente tuvieron con la casa venezolana, originada en el contrato de cuenta corriente, cuya existencia aceptan.

"Desde un principio — dice la parte demandada en su último alegato ante el Tribunal—, desde antes del juicio, hasta las últimas alegaciones, con Miguel Vélez (Gerente) y sus apoderados hemos sostenido que es legítimo el saldo deudor por Bs. 40,827.45, resto de una deuda anterior con los señores Julio Añez & Co. Y nunca, antes del juicio, ni durante él, don Miguel Vélez ha desistido de su voluntad permanente de pagarlos".

Sobre que ésta es la posición en que el demandado ha afrontado el litigio no dejan duda ninguna los siguientes apartes tomados de las piezas procesales más importantes.

En la contestación de la demanda dijo el Gerente de la sociedad demandada: "En virtud de la anterior convención la cuenta corriente llevada por nuestra casa con la firma de Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, se trocó o cambió por una obligación jurídica distinta, modificada esencialmente en cuanto a su naturaleza respecto del acreedor y en cuanto a la forma de pago así: "Los señores Breuer, Moller & Co., Sucs., estipularon y nosotros aceptamos y constituímos un depósito — garantía prendaria — para asegurar el cumplimiento de la deuda; los mismos señores Breuer, Moller & Co., Sucs., estipularon que el pago de esa acreencia se hiciera a los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, con el 20% de las ventas de café que hiciera nuestra casa en el exterior. No podía estipularse plazo fijo para la cancelación de la deuda por tratarse de una cuenta contraída en moneda extranjera las cuales estaban y se hallan aún sometidas a las disposiciones sobre control de cambios. En consecuencia, admitida, como necesariamente hay que admitir, la sustitución de una nueva obligación a la anterior, fuerza es también admitir los términos de esta nueva obligación, en la cual no se fijó plazo determinado y cierto para el cumplimiento de ella".

Consecuencialmente con anterior demostración queda completamente establecido: que la primitiva cuenta corriente fue sustituída por una nueva obligación y sin término cierto y fijo para su cumplimiento ..... Concluyendo:..... los señores Cristo, Vélez & Cº del comercio de esta ciudad, deben pagar a los señores Breuer, Moller & Co., del comercio de esta ciudad, la cantidad de cuarenta mil ochocientos veintinueve bolívares con cuarenta y cinco centavos al tipo del cambio en la fecha del préstamo respectivo; que la expresada suma de cuarenta mil ochocientos veintinueve bolívares con cuarenta y cinco centavos, la deben pagar los señores Cristo, Vélez & Co. del comercio de esta ciudad a los señores Breuer, Moller & Co. del comercio de Cúcuta, mien-

tras subsistan las disposiciones sobre el control de cambio, con el 20 por 100 del valor de las exportaciones de café al exterior".

"Para el 23 de marzo de 1935, los acreedores de los señores Cristo, Vélez & Co. eran los señores Breuer, Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, no los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo". (Respuesta al hecho undécimo).

"No fueron los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., del comercio de Maracaibo, los que convinieron con la firma de Cristo, Vélez & Co. de esta ciudad, la garantía prendaria de ocho mil pesos moneda corriente colombiana, si o los señores Breuer, Moller & Co., Sucs., de esta ciudad, los que al sustituír una nueva obligación a la anterior cedida por Julio A. Añez & Co., Sucs., estipularon dicha garantía con los señores Cristo, Vélez & Co., precisamente por no existir plazo fijo y determinado para el cumplimiento total de la obligación a favor de los señores Breuer, Moller & Co., Sucs."

En el alegato de conclusión del primer grado dice el gerente de la sociedad demandada, refiriéndose a las cartas antes citadas: "Se ha producido un fenómeno jurídico en la antigua obligación, en que, como atrás se dijo, tiene las siguientes modalidades: a) En la primitiva cuenta corriente llevada por la firma que represento con los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., con liquidaciones semestrales y con obligación de pagar el saldo resultante fue sustituído el acreedor, o sea Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo por los señores Breuer, Moller & Co., Sucs., de Cúcuta; b) Que de conformidad con el convenio celebrado con el nuevo acreedor de la primitiva cuenta corriente llevada por la firma que represento con los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, cuya aprobanza obra al folio 55 del cuaderno principal, en carta dirigida por los señores Breuer, Moller & Co., de Cúcuta, a la firma que represento, la primitiva cuenta corriente con liquidaciones semestrales, obligación de pagar los saldos en casos ciertos y determinados fue sustituída sustancialmente con una nueva obligación sin término cierto ni fijo para su cumplimiento, con garantía prendaria. Las anteriores modalidades comprueban el fenómeno jurídico conocido con el nombre de novación, y cuya categoría legal, en el caso concreto que se estudia es el que contempla el artículo 1690, numeral 2º, del C. C."

Y ante el Tribunal, en la audiencia pública, según el resumen escrito que obra en el expediente, sostuvo el apoderado de la Compañía demandada el mismo punto de vista, así: "Los señores Añez & Co. no tienen acción para pedir el pago de su saldo porque lo traspasaron a Breuer, Moller, y porque estos señores Breuer, Moller, en virtud de ese traspaso, pactaron con Miguel Vélez la forma de pago mediante un depósito de $ 8,000 y una destinación del 20 por 100. Este pacto, al tenor del artículo 188 y siguientes del C. de Co. es completamente válido, y subrogó la cuenta anterior existente entre mi representado y los primitivos acreedores".

Determinadas en la forma vista las tesis fundamentales planteadas por los litigantes en la relación procesal de la litis respecto de la intervención de Breuer, Moller & Co., Sucs., y sus efectos—, la del actor como una simple recomendación para cobrar y recibir el saldo a efecto de facilitarle al deudor su pago, y la del demandado como una cesión del saldo al interventor y una novación posterior de esta obligación convenida con el cesionario, de donde deduce carencia de personería para ejercitar la acción de cobro incoada en la demanda, — se advierte que el Tribunal, haciendo pie en la tesis enunciada pero rechazada por el demandado en el alegato de bien probado del primer grado sobre un mandato conferido por Julio A. Añez & C., Sucs., a sus socios de Cúcuta, Breuer, Moller & C., Sucs., para que arreglaran con la casa deudora la forma en que debía ser hecho el pago del saldo de la cuenta corriente, concluye que el arreglo convenido en la carta del 5 de marzo de 1934, interpretado por el sentenciador como una concesión de plazo indeterminado que destruyó la exigibilidad del saldo de la cuenta corriente, obliga a los acreedores demandantes, pues su derecho no es otro que el que nace del convenio contenido en la precitada carta. El pasaje que sirve de apoyo a la resolución del Tribunal pertenece al alegato de conclusión de la demandada en primera instancia, en que sostiene su punto de vista de la cesión del saldo con novación posterior con el cesionario y en que sólo de una manera incidental dice: "Vamos a considerar por sólo mientras escribimos estas líneas el acerto sin fundamento alguno de que los señores Breuer, Moller & Co., Sucs., hubieran sido diputados únicamente por los señores Julio A. Añez & Co., Sucs., para recibir el pago".

No huelga aquí la advertencia de que

la demanda de reconvención se basa también en la misma tesis de la cesión y en ella se busca una indemnización con fundamento precisamente en que la sociedad actora pidió y obtuvo un embargo preventivo en una acción de cobro de un saldo que no le pertenece y que demanda indebidamente.

La actitud con que la sociedad demandada ha presentado su defensa desde la contestación de la demanda y a todo lo largo del juicio consiste en negar que sea deudora de Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, por haber esta firma cedido, como ya se vio, el saldo de la cuenta corriente a Breuer, Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, a quienes reconoce como acreedores de ese saldo pero en las condiciones de pago que se dejaron consignadas en la carta del 5 de marzo de 1934, pactadas con ellos como cesionarios del crédito. El cambio esencial en la modalidad de la obligación, esto es, la novación, está condicionada o es consecuencial de la cesión que sostiene el demandado. Por consiguiente, descartada por el Tribunal, como se vio en la síntesis que se hizo de su sentencia, tanto la cesión como la novación referida, resulta indudable que el sentenciador desatendió equivocadamente los términos y bases de derecho establecidas por las partes para el desarrollo y decisión del litigio al hacer valer como vínculo jurídico directo y obligatorio contra la sociedad demandante una convención no celebrada por ella sino convenida entre el deudor y un pretendido cesionario del crédito, que no resultó tál. Esta conclusión es extrictamente lógica dentro del planteamiento jurídico que se ha hecho del pleito.

Pero no es en ella, solamente, que la Corte asienta su convencimiento de que se ha acusado justamente la sentencia por violación de la ley sustantiva. El Tribunal sostiene en su fallo que el saldo de 40,829.45 bolívares con que se cortó en 23 de marzo de 1935 la cuenta corriente llevada entre Julio A. Añez & Co., Sucs., de Maracaibo, y Cristo, Vélez & Co., de Cúcuta, era exigible en esa fecha, pero que su exigibilidad fue **condicionada** por el convenio a que se refiere la carta de 5 de marzo de 1934 en que se pactó que se pagaría con el 20 por 100 del valor de las ventas de café que los deudores verificaran en el exterior mientras no se derogaran las disposiciones vigentes sobre control de exportaciones donde dedujo la concesión de un **plazo** indeterminado para el pago de la deuda.

Se podría suponer que el Tribunal confunde **condición** y **plazo**, que junto con el **modo** constituyen las modalidades que pueden afectar las obligaciones civiles en forma de cláusulas restrictivas que modifican su eficacia influyendo en su nacimiento, su extinción, su exigibilidad y su manera de cumplimiento. En el supuesto de que se hubiera concedido el pretendido plazo, éste no tendría legalmente el valor de condición por no estar vinculado a día incierto, ya que lo que diferencia fundamentalmente estas dos modalidades es que el plazo es futuro pero cierto, y la condición es futura pero incierta. En presencia de la carta de que se trata, en la parte que es pertinente, no considera la Sala que la intención y el resultado literal de quienes convinieron lo que ella reza equivalga en realidad a la concesión del plazo indeterminado para el pago como lo aseveró el Tribunal porque no se ve ninguna circunstancia que justifique esta suspensión convencional de la exigibilidad de la obligación pura y simple de pagar el saldo cuestionado que le corresponde legalmente.

En efecto; en el mencionado convenio se consignó que "con abono a la nombrada cuenta corriente, ustedes (Cristo, Vélez & Co.) dejarán a los señores Julio A. Añez & Co. el 20 por 100 sobre las ventas que efectúen de café al exterior COMO HASTA AHORA y mientras existen los impedimentos provenientes del control de cambios para el pago de la deuda total. Es entendido que ustedes efectuarán despachos frecuentes de café para dar cumplimiento a este compromiso". La modalidad del plazo, como las demás, constitutiva como es de una situación excepcional, debe aparecer inequívocamente establecida, y a la verdad no resulta así en el caso que se estudia, porque la interpretación que más correctamente puede darse al documento que se considera es la de que conforme a él se aceptó la fragmentación del pago de la obligación acomodándose a una realidad legal que impedía su prestación total o inmediata, bajo la garantía a que se refiere el primer párrafo de la carta, pero sin que pueda entenderse que la exigibilidad del saldo, por convenio entre acreedor y deudor, se suspendió hasta la fecha en que se derogaran las disposiciones sobre control de cambios.

No es improcedente advertir que esta legislación fiscal tiene relación, en sus casos de aplicación, con la posibilidad de verificar el pago, pero que no afecta por

sí misma la exigibilidad de la obligación que es una calidad jurídica que corresponde intrínsecamente a ésta. El expreso reconocimiento de la deuda y la reiterada voluntad de pagarla que por boca de su gerente y apoderado ha hecho la sociedad demandada, lo mismo que las circunstancias que antecedieron y las que han seguido al arreglo escrito en la carta que se interpreta, conducen a aceptar que lo que con esta intervención de Breuer, Moller & Co. se buscó, fue simplemente, como lo ha sostenido el actor, la facilitación del pago de un saldo exigible, que continúa exigible según las condiciones de su origen jurídico. Así se deduce del uso de la frase **como hasta ahora,** expresiva del ánimo de no alterar la forma en que se realizaba el pago, ni la exigibilidad que en ese día correspondía a la obligación, forma ésta de prestación parcial que incumplieron los deudores según lo manifestó el gerente de la sociedad demandada en la contestación de la demanda, cuando dijo: "No pudiendo nosotros por las condiciones del mercado hacer exportaciones de café por no convenirnos comercialmente, hubimos de suspender en guarda de nuestros intereses, quedando naturalmente pendiente a nuestro cargo la deuda contraída con los señores Julio A. Añez Co., Sucs., de Maracaibo....."

Contribuye a reforzar la tesis de que no se concedió el plazo indeterminado que halló el Tribunal en la citada carta, y que produciría en caso de existir la suspensión de la exigibilidad del saldo, la significación que las partes mismas han dado a su convenio así, la carta del 12 de diciembre de 1934, Cristo, Vélez & Co. dicen a Breuer, Moller & Co. en respuesta a la en que estos señores los urgen para la cancelación del saldo de la cuenta corriente..... Nosotros tenemos muy buena voluntad en cubrir nuestra cuenta corriente aludida con los referidos señores (Añez & Co.), ese es nuestro deber. **El afán es de nuestra parte, por cubrir cuanto antes esa deuda;** ustedes no tienen por qué preocuparse, porque de por medio está la garantía de $ 8,000 que nos exigieron y la buena voluntad que siempre la hemos tenido.

Descartada, pues, la concesión del plazo indeterminado que creyó hallar el Tribunal en el convenio que se dejó consignado en la carta a que se ha hecho referencia, incurriendo para ello en evidente error de hecho en la interpretación de esa prueba, la exigibilidad del saldo aceptado de la cuenta corriente que la sentencia declara concluída, resulta de la naturaleza misma de ese contrato de acuerdo con el artículo 734 del C. de Co. que establece que el saldo definitivo es exigible y desde el momento de su aceptación, con las excepciones allí determinadas y que en este caso no tienen ocurrencia. De lo hasta aquí expuesto se deduce, como consecuencia de las violaciones legales en que incurrió el Tribunal, que debe casarse la sentencia acusada para restaurar el imperio de la de primer grado cuya resolución está de acuerdo con las conclusiones a que ha llegado la Sala.

Recurso de la parte demandada

La acusación que formula este recurrente con base en la causal 1 del artículo 530 del C. J. persigue "que se infirme la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la parte actora de la obligación de indemnizar perjuicios". Señala como violados los artículos 1612 del C. C., 183, 188, 191, 254 y 256 del C. de Co, como consecuencia de errónea apreciación probatoria, y el artículo 294 del C. J. Todos los cargos que se formulan en esta breve demanda de casación se apoyan en la afirmación rotunda que sirve también de base a la reconvención, de que la sociedad demandante cedió en legal forma a la firma Breuer, Moller & Co., Sucs., de Cúcuta, el crédito que contra Cristo, Vélez & Co. tenía proveniente del saldo aceptado y exigible de la cuenta corriente llevada entre las dos casas comerciales, finalizada por recíproco acuerdo, y de esta enajenación del crédito hace provenir el recurrente la obligación de indemnizar perjuicios, que el Tribunal desconoció en su sentencia, causados por el hecho de haber obtenido un embargo preventivo para el cobro de una obligación que no le pertenecía ya a la sociedad Julio A. Añez & Co., Sucs., del comercio de Maracaibo. "A lo largo de todo el proceso — dice la contra demanda — consta que los demandantes se habían desligado por completo para con el demandado, de la obligación que luégo demandaron, traspasándola a un tercero que sin embargo no intervino como actor en el juicio. Es decir, tener acción, la instauraron; habiéndose obligado a no hacer una cosa, la hicieron..... Intentaron luégo el presente juicio, estando obligados a no hacerlo y de allí se origina su obligación de indemnizar perjuicios al tenor del artículo 1612 del C. Civil. Artículo violado por

el Tribunal sentenciador al absolver de esa obligación".

Se considera:

En capítulo aparte, bajo el epígrafe "Reconvención", estudió el Tribunal con buen espacio la procedencia de los pedimentos formulados por la sociedad demandada contra la actora en la demanda de reconvención destinada a obtener la reparación de los perjuicios materiales y morales por virtud "del embargo preventivo injustificado de bienes" para el pago del saldo de la cuenta corriente referida. En esta parte del fallo acusado se dice muy claramente que la circunstancia de que el Tribunal no haya encontrado fehacientemente establecida y demostrada la cesión alegada por la sociedad demandada, tanto en su contestación a la demanda principal como en su demanda de reconvención, no obsta para que considere y estudie la petición de indemnización, porque aunque es evidente que la acción de cobranza del saldo no se hizo de modo injusto desde el punto de vista de la cesión, no es menos cierto que se hizo de manera indebida y abusiva por cuanto se pidió y obtuvo embargo preventivo de bienes para el pago de una obligación que no era exigible por habérsele agregado la modalidad del plazo indeterminado a que se hizo relación en el capítulo anterior de esta sentencia". No siendo por esta razón — se lee en el fallo — exigible el saldo, lógicamente se concluye que no era la oportunidad para el demandante de solicitar el embargo preventivo de bienes del demandado para asegurar el pago de una obligación que todavía no era exigible". Más a pesar de haber reconocido el Tribunal la procedencia del pedimento de indemnización se abstuvo de condenar al demandado en reconvención sobre este extremo, ni en abstracto ni en cuantía determinada, porque halló que del proceso no aparecía en manera alguna que se hubiera causado ningún daño o perjuicio. El concepto del sentenciador a este respecto quedó muy claramente expresado en el párrafo siguiente: "No habiéndose, por consiguiente, demostrado la existencia de los perjuicios materiales y morales a que hace alusión la demanda de reconvención ni el monto de ellos, deberá absolverse por esta causa a la parte demandante, no sin que ello signifique que el Tribunal rechace la teoría del abuso del derecho para casos como el presente, porque lo que ocurre es que los perjuicios reclamados por la parte demandada no fueron debidamente acreditados en el curso del juicio".

El Tribunal, como se ve, no vincula la absolución del demandante en razón de la indemnización que le pidió el demandado en su reconvención por el embargo preventivo de sus bienes a la circunstancia de no haber existido la cesión del saldo; sino al hecho de no haberse acreditado la existencia de tales perjuicios. Por tanto, resulta inconducente el cargo que se hace reposar en que el Tribunal se haya negado a reconocer el hecho de la cesión del crédito de que se trata, porque con cesión o sin ella, la solución absolutoria es la misma, pues está fundada en que no hubo ningún perjuicio aunque aceptada la forma abusiva del cobro. El verdadero fundamento de la sentencia en este particular, inseparable de la apreciación de las pruebas sobre la realidad del daño, no ha sido atacado en ninguna forma en este recurso. Las disposiciones del C. de Co. que se citan en la demanda se relacionan con el fenómeno de la pretendida cesión, y respecto de la cita del art. 1612 del C. C. apenas hay necesidad de decir que está hecha impertinentemente como la norma en que pudiera hallarse consagrado el derecho a ser reparado por el daño causado como consecuencia del abuso de un derecho. Allí están determinados los efectos del incumplimiento de las obligaciones de no hacer, esto es, de aquellas en que el deudor se compromete a no ejecutar un hecho que, sin mediar la obligación, podría ejecutar lícitamente. Y por lo que hace a la violación del artículo 294 del C. J., las consideraciones que se hicieron al estudiar el recurso de la parte demandante, dejan completamente sin objeto el estudio del cargo.

Todos los demás cuestiones y aspectos del litigio, distintos de los hasta aquí considerados, están fuera de la jurisdicción de la Corte por no haber sido objeto de acusación ni reparo ante ella en este recurso.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 30 de noviembre de 1939, y en su lugar confirma la de primera instancia pronunciada por

el Juzgado Civil del Circuito de Cúcuta con fecha 12 de julio de 1938.

Sin costas en el recurso.

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

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdd.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Los negocios en general o, en particular, las operaciones comerciales, dan un margen lícito de ventajas que el sentenciador no puede vedar el día que ellas se vean por el lado del gravamen concomitante que sufre quien ha de cubrirlas o a cuyas expensas se logran. La ley conjura o remedia ciertos excesos, como sucede con la rescisión por lesión enorme en la compraventa, o en la aceptación de asignación por causa de muerte en el caso de lesión grave por disposiciones testamentarias ignoradas al pronunciarla, o con las obligaciones con cláusula penal cuando la pena es excesiva, o con los intereses convencionales demasiado altos (C. C., artículos 1946, 1291, 1601 y 2231, respectivamente). Lo excepcional de estos casos y recursos indica que no se podrían extender oficiosa y sentimentalmente a situaciones distintas.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

A la ejecución por pesos de Julio Cifuentes B. contra Miguel A. López Maldonado se introdujeron tercerías coadyuvantes y se acumularon con calidad de tales otras ejecuciones contra el mismo López y así, adelantado bajo la legislación procedimental anterior, encontró la hoy vigente este juicio o grupo de juicios en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, el cual dictó el 20 de mayo de 1938 sentencia de prelación que el Tribunal Superior confirmó en la de 13 de diciembre de 1939. Interpuesto contra esta última recurso de casación, se pronunció la admisibilidad de éste en auto de 19 de junio último, en atención al artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, en relación con el 519 de la misma. Tramitado debidamente, pasa a decidirse.

Una de las tercerías aludidas, introducida originariamente como tál, es la de Florentino Alvarez por cantidad de pesos en total formado por varias partidas según los varios documentos privados que acompañó a su demanda; y una de las ejecuciones aludidas que vinieron a ser tercerías fue la incoada contra López por Luis Manuel Hernández B. por cantidad de pesos al tenor de la escritura número 1204, otorgada el 19 de septiembre de 1929 ante el Notario 3º de este Circuito. Se advierte que Hernández cedió este crédito a la señora Heliodora Mora v. de Gallo y que ésta lo cedió a la señora Carmen Duarte de Serrano, según notas puestas al pie de dicho título, o sea, de la citada escritura que, en su primera copia notarial, debidamente registrada en el libro número 2º y en el de anotación de hipotecas, forma los folios 1 a 9 del cuaderno respectivo, que vino a ser el marcado con el número 6 de este expediente.

Son recurrentes en casación el deudor López y la señora Josefina Duperly, cesionaria del crédito del prenombrado Cifuentes.

El Tribunal reconoció el crédito demandado por Hernández tal como lo solicitó éste, o sea, por los $ 15,000 de principal con los intereses y costas respectivos, asignándole el puesto correspondiente a la calidad de deuda hipotecaria, y para confirmar así la sentencia del Juzgado, procedió reconociendo un mutuo en lo contratado en la referida escritura pública.

López en diversas oportunidades, entre ellas en el incidente de excepciones, ha sostenido que no recibió y por tanto no debe dinero, sino las cédulas hipotecarias que le entregó Hernández. De ahí que sus cargos en casación contra esa sentencia, concretados a lo atinente a este crédito, sean el de error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas con que ha acreditado el recibo de cédulas y no de dinero y el de la consiguiente violación de disposiciones legales sustantivas, como son los artículos siguientes del C. Civil: el 1500, porque sin la entrega del dinero no se perfeccionó el supuesto contrato de mutuo, que es real; el 1551, porque si lo que hubo fue compraventa

de cédulas, la acción del vendedor Hernández era la conducente a cobrar el precio y esto, por no haberse señalado plazo a ese fin, exigía requerimiento previo; el 1602, porque la apariencia de mutuo se ha desvanecido con las pruebas de López que demuestran no haber sido ese el contrato celebrado, sin embargo de lo cual la sentencia lo condena a cumplir un mutuo; el 1618, porque esas pruebas demuestran que la intención de las partes no fue celebrar tal contrato; el 754 y el 2221, por no haber habido la entrega del dinero a que el sentenciador se ajusta en su condena cual si la hubiese habido; el 1761, por desestimarse la minuta del contrato efectivamente convenido entre él y Hernández; el 2493, por haberlo aplicado y haberse ajustado a él cual si efectivamente hubiese mutuo con hipoteca, y el 1687, junto con el 472 del C. J., por haber afirmado el Tribunal una novación inexistente.

Las pruebas erróneamente apreciadas por el Tribunal, según López, son la minuta aludida, las posiciones de Hernández y las declaraciones de los testigos Rosendo Gaviria y doctor Eduardo Zuleta Angel, en cuanto al decir de López acreditan que el contrato no fue de dinero en mutuo sino de compraventa de cédulas.

La declaración rendida por Gaviria ante el Juez de la causa el 13 de febrero de 1932(cdno. 11, fols. 8 y 9), contiene un detalle de la negociación entre Hernández y López desde que se inició hasta que, después de muchas conversaciones y alternativas, firmaron la referida escritura, en forma que, aunque ésta reza mutuo de dinero, lo entregado por Hernández y recibido por López fueron $ 15.000 en cédulas hipotecarias del Banco de Bogotá.

El doctor Zuleta declara haber oído decir a Hernández varias veces que lo entregado por éste en aquella oportunidad fueron cédulas hipotecarias de dicho Banco. Esta declaración se recibió el 26 de noviembre de 1936, estando el proceso en el Tribunal (cdno. 20, fol. 12 v.).

Hernández absolvió posiciones a solicitud de López varias veces, como se ve en el cuaderno 20 en los folios 6 a 8 y 10 a 11, y en el cuaderno 11, folios 3 y 4. El absolvente relata allí la negociación con sus vicisitudes desde su apalabramiento hasta su conclusión con el otorgamiento de la citada escritura pública, e insistentemente afirma que al cerrarse el negocio lo que pactó fue el mutuo expresado en tal instrumento, sin negar lo relativo a entrega en cédulas.

En la minuta aludida, que original forma los folios 5 y 6 del cuaderno 11, consigna la celebración de este compromiso. "Primero: Hernández da a interés en mutuo la suma de quince mil pesos ($ 15.000) en cédulas hipotecarias del Banco de Bogotá y López se compromete a recibirlos en esta forma y a asegurar el pago a Hernández a su vencimiento, hipotecando a favor de Hernández y en primer grado las siguientes fincas:..... Segundo: Hernández se compromete a dar las cédulas por la suma citada, inmediatamente que se le entreguen las escrituras de hipoteca a su favor registrada y su respectivo certificado de libertad, en el cual el Registrador incluirá ya la hipoteca mencionada sobre las fincas indicadas arriba para comprobar así el grado de hipoteca. López queda en libertad para hacer con las cédulas el negocio que tiene convenido con el Banco de Bogotá u otro cualquiera que le convenga; pero podrá Hernández para simplificar la operación depositar las cédulas en el Banco Antioqueño u otro para que tal Banco disponga de ellas según instrucciones de López M. cuando el Banco reciba de la Notaría las escrituras ya debidamente registradas. Hernández conviene en prorrogar el término para firmar la escritura de hipoteca con López hasta el día veinticinco, miércoles .... de septiembre de mil novecientos veintinueve, advirtiendo que el plazo firmado en el compromiso del veintiocho de agosto ya se venció, habiendo dado cumplimiento Hernández en lo que le correspondía, pues estuvo listo a ello. El día veinticinco de septiembre en curso podrá cualquiera de los contratantes pasar a la Notaría cuarta de este Circuito de Bogotá a firmar la escritura que cualquiera de los contratantes hubiera hecho extender, comprobando así el contratante que hubiere hecho extender la escritura su cumplimiento a la vez que el incumplimiento al compromiso a que se refiere el presente del contratante que trascurrido dicho día no hubiere acudido a firmar la dicha escritura. Si pasado el día veinticinco de septiembre actual alguno de los contratantes no hubiere firmado la escritura mencionada, el que no hubiere firmado en este término o antes, pagará al contratante que sí hubiere hecho extender la escritura y la hubiere firmado, la suma de mil pesos ($ 1.000) en moneda corriente que se estipula como perjuicios ocasionados a la parte que sí cumplió con lo aquí convenido y aceptado... La suma de quince mil pesos la de-

volverá López a Hernández en oro colombiano acuñado íntegramente y lo mismo sus intereses".

Esta minuta está fechada en Bogotá el 13 de septiembre de 1929. Después de la fecha trae esta addenda: "En este estado se advierte que López ha de firmar con el Banco Alemán Antioqueño o con el doctor Eduardo Zuleta Angel una escritura de cancelación de las tres fincas a que se refiere este compromiso para poderlas López hipotecar en primer grado a Hernández; esta escritura se firmará en el mismo tiempo que se haya de firmar la nueva y siguiente escritura que López otorgará a Hernández, y éste una vez firmadas por López y Zuleta Angel la primera escritura de cancelación y la de entre López y Hernández, procederá inmediatamente a entregar las cédulas a López o el cheque que previamente y a cuenta y riesgo de López en cuanto se refiere a la operación que López efectúe por su cuenta con el Banco de Bogotá u otro, hubiere sido extendido respaldado por estas cédulas ya a favor del Banco Alemán Antioqueño o de otra persona para este efecto".

La minuta que se viene citando y trascribiendo en lo pertinente figura en el proceso traída como prueba por López; pero en papel común, sin estampillas y sin las firmas de ambos, por lo cual por sí sola no podría considerarse como la promesa eficaz ante el artículo 89 de la ley 153 de 1887. Con todo, se estudia y analiza aquí en la forma en que esto se está haciendo, por estar aducida como uno de los principales fundamentos de los cargos de López y haberse de examinar éstos uno a uno, ya que tal examen, por otra parte, no puede significar que se pasen por alto los requisitos de ese artículo 89.

Por lo visto, la minuta sugiere máxima desconfianza de Hernández respecto de López y apremiante situación de éste ante créditos a su cargo atendibles con las cédulas mismas o con dinero.

La precedente trascripción demuestra que la minuta en que López halla respaldo a su excepción, corrobora, por el contrario, las pretensiones de su acreedor demandante. Las posiciones absueltas por éste tampoco respaldan la excepción. Y otro tanto cabe decir de las declaraciones de los dos prenombrados testigos.

Pero hay una reflexión más poderosa aún para desechar el cargo de error en la apreciación de esas pruebas hecho por López a la sentencia recurrida: el Tribunal no llega a la conclusión de que se trata de un mutuo cerrando la entrada a esas pruebas o desconociendo que acreditan que lo entregado no fue dinero sino sobre la base de que aunque lo recibido por López fueron las cédulas de Hernández la obligación que asumió fue la de pagarle dinero.

El Tribunal no desconoce que hubiera tenido cariz distinto en sus comienzos la negociación que acabó por cerrarse en la referida escritura pública entre Hernández y López, sino afirma que, cualesquiera que fuesen esos comienzos y los posibles diversos cambios en el camino, ello es que lo que acabaron por pactar y contrataron efectivamente fue lo que reza ese instrumento, esto es, un mutuo. Juzga el contrato tal como se celebró y escrituró, en vez de tomar por guía tal o cual de las faces que sucesivamente asumiese durante las largas y repetidas conversaciones de quienes, con vacilaciones o sin ellas, lo que no viene al caso, y con tales o cuales alteraciones de medios y propósitos en el desarrollo de la negociación, lo que no viene al caso tampoco, acabaron por ajustar lo que reza una escritura pública otorgada por ellos.

Visto que el Tribunal no decide como lo hace porque se niegue a reconocer que lo entregado por Hernández a López no fue dinero constante sino cédulas, se entra en el estudio de los cargos que versan sobre este preciso hecho ante las disposiciones legales señaladas por López como ya se vio.

Este estima erróneo sostener que hubo mutuo cuando se demuestra que el aparente mutuario se obliga a devolver dinero que no recibió, y que por lo mismo se viola el artículo 1500 del C. C., porque el mutuo es contrato real y, por ende, según esta disposición, "para que sea perfecto es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere". De ahí también el cargo de violación del citado artículo 2221 que define el mutuo en forma que requiere entrega de lo mutuado, y del artículo 754 que establece las varias maneras de hacerse la tradición, entre las cuales no está ni podría estar la de que se entienda por hecha la de un dinero por haberse entregado algo tan distinto como son las cédulas, máxime hallándose ellas a una cotización muy baja en el mercado de valores.

La Corte no encuentra justificados estos cargos. El Tribunal condenó a López a cumplir la obligación que en forma inequívoca echó sobre sí según palabras claras de la escritura que suscribió libre-

mente. Pudo no recibir, como en realidad no recibió, el oro acuñado declarado en la escritura para indicar la devolución; pero ello no es óbice a que asumiera este deber; tampoco puede desconocerse que tuvo causa efectiva, lícita, como fue el haber recibido valores equivalentes. Se le entregaron cédulas en cierta cantidad nominal y se obligó a devolver la misma cantidad, no en cédulas sino en dinero. Echó sobre sí la contingencia del menor valor ocasional de ellas, porque tal fue su voluntad, como pudo adquirir el derecho a un valor mayor en el evento de que ellas estuviesen o llegasen a estar a precio más alto. Necesitaba las cédulas mismas o dinero o unas y otro, según le fuese agible atender sus compromisos con ellas mismas o le fuese preciso realizarlas por dinero para atenderlos con éste. Sea por eso o porque se le dificultó conseguir el dinero directamente con otras personas, sea por cualesquiera otras circunstancias o motivos, ello es que asumió la obligación expresa de pagar la cantidad de dinero por la cual se vio demandado por Hernández en este juicio.

Es inaceptable entender aquellas disposiciones en forma tan estrecha y rígida que las erija en estorbo en la vida de los negocios; es inaceptable interpretarlas con criterio tan ritual que, por ejemplo en casos como el de este pleito, tan frecuentes en el trajín cuotidiano, no cupiera reconocer al deudor bajo la obligación que asumió tan sólo porque no recibió inmediata, precisa y materialmente dinero. La vida comercial, cada día más intensa y complicada, y la agilidad y desembarazo necesarios para ella misma, imponen una interpretación acorde con la realidad de los contratos de esa índole.

López demuestra haber sufrido por el menor valor de lo recibido comparado con el dinero que se obligó a pagar; pero los fallos no pueden obedecer a consideraciones de esta clase cuando se trata de convenios celebrados libremente por personas sui juris con objeto y causa lícitos. Los negocios en general o, en particular, las operaciones comerciales, dan un margen lícito de ventajas que el sentenciador no puede vedar el día que ellas se vean por el lado del gravamen concomitante que sufre quien ha de cubrirlas o a cuyas expensas se logran.

La ley conjura o remedia ciertos excesos como sucede con la rescisión por lesión enorme en la compraventa, o en la aceptación de asignación por causa de muerte en el caso de lesión grave por disposiciones testamentarias ignoradas al pronunciarla, o con las obligaciones con cláusula penal cuando la pena es excesiva, o con los intereses convencionales demasiado altos (C. C., artículos 1946, 1291, 1601 y 2231, respectivamente). Lo excepcional de estos casos y recursos indica que no se podrían extender oficiosa y sentimentalmente a situaciones distintas. Además, no se puede desconocer a una persona sui juris, y lo es el deudor López, su plena capacidad de contratar y de obligarse. De paso se observa que aquí no se ha alegado vicio del consentimiento.

El cargo de violación del artículo 1551 se formula por no haberse estipulado plazo para pagar el precio de las cédulas y autorizarse sin embargo el cobro como de plazo vencido. Como se ve, el recurrente aquí párte del supuesto de no haber contratado mutuo sino compaventa de las cédulas. Sobre el pie de haber realizado esta demostración es también como formula el cargo de quebrantamiento de los artículos 1602 y 1618, así como del 2493 por haberlo aplicado no tratándose de mutuo con hipoteca.

Ninguno de estos cargos puede prosperar, porque López no infirmó la declaración hecha por él en la escritura de obligarse a devolver $ 15,000 en dinero en el concepto de haberlos recibido en mutuo con interés. Más todavía: la escritura señala plazo para este pago y es incuestionable que aunque hubiera éste correspondido, no a devolución de cantidad mutuada, sino a precio de cédulas compradas, el juzgador no podría desconocer el derecho del acreedor concomitante a esa obligación asumida por López en forma tan detallada y precisa.

Esta consideración conduce a rechazar también el cargo de violación del artículo 1687, formulado en razón de haber planteado el Tribunal como posible explicación de lo sucedido, entre otras, la de que originariamente pensaron los contratantes en compraventa de las cédulas y después, necesitando López el dinero que había de pagar como precio a Hernández, éste se lo dejó en mutuo y, extinguida así aquella obligación del comprador, reemplazada por la del mutuario, ocurrió una novación.

Queda dicho repetidamente que lo que se pensara al principio de la negociación o en su decurso, por diferente que fuera de lo que a la postre vino a contratarse, no puede ser la clave para juzgar o saber

qué fue lo efectivamente pactado, máxime cuando se trata, no de historiar la negociación sino de cumplirla.

Además, esa idea de novación no la presenta el Tribunal como razón o base de su fallo, sino como uno de los varios supuestos posibles de lo acontecido o, más claramente, de que se llegara a lo que se llegó aunque en ello no se hubiera pensado inicialmente. Tanto es esto así que el Tribunal propone también la hipótesis de que López pensara primero en comprar las cédulas de Hernández; pero, pensando después en recibir de éste dinero en mutuo, se ahorraron el ir y venir de éste de unas manos a otras y, evitándose entregas y devoluciones recíprocas, lo dejaron desde luego en mutuo en manos de López a tiempo que de las de Hernández salían las cédulas.

Se citan estos supuestos del Tribunal por vía de información; pero bien se ha visto que con ellos o sin ellos él habría confirmado el reconocimiento hecho por el Juez del crédito tal como se constituyó y se pactó en la escritura pública aducida como título.

Es recurrente, según se advirtió ya, a más de López la señora Duperly, quien repite los mismos cargos de aquél, rechazados aquí, y agrega estos otros dos: nulidad por incompetencia de jurisdicción, en cuanto Florentino Alvarez introdujo tercería juntando documentos por cifras de menor cuantía cada uno y realizando así una acumulación de hecho; y nulidad por carencia de personería en la señora Duarte de Serrano como cesionaria del crédito de Hernández, porque la anterior cesionaria señora Mora de Gallo se equivocó en el señalamiento de este crédito confundiéndolo con el de la Duperly al pedir permiso judicial para perfeccionar la cesión.

Estos cargos son infundados por múltiples razones, de las cuales basta exponer brevemente éstas: el problema ideado por la recurrente respecto de Alvarez es distinto de los hechos y caso efectivo, porque él no se presentó iniciando en el Juzgado del Circuito una ejecución de mayor cuantía mediante la reunión de varios créditos que aisladamente no habrían dado competencia a ese Juez sino al Municipal por cada uno. Introduciendo tercería coadyuvante en ejecución que incuestionablemente debía tramitarse y se tramitaba en Juzgado de Circuito, éste era el competente y a quien tenía que dirigirse precisamente, hiciéralo en sendas demandas cada cual con su documento único, hiciéralo en conjunto. En otras palabras, no es procedente el reparo sobre incompetencia de jurisdicción.

La citada escritura título del crédito del tercerista Hernández tiene al pie y a continuación la nota de cesión de éste en favor de la señora Mora de Gallo, y a continuación de esta nota, al folio 10 del cuaderno 6o., se halla la nota de cesión de esta señora a favor de la señora Duarte de Serrano. Cada una de estas notas cita el crédito en forma detallada indicando la fecha, número y Notaría de la escritura en que él consta, así como los nombres de acreedor, deudor y cesionario; cada una está suscrita por el cedente respectivo. Y al folio 75 v. del mismo cuaderno, en nota igualmente detallada, se halla la notificación hecha al deudor López el 29 de agosto de 1939 de la cesión en favor de la señora Carmen Duarte de Serrano. Esta notificación se hizo judicialmente y lleva la firma de López, del empleado subalterno y del Secretario del Tribunal. La cesión, fechada el 21 del mismo agosto, se hizo en el Tribunal.

Esto indica lo infundado de la tacha de la recurrente a la personería de esta cesionaria, señora de Serrano.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha trece de diciembre de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón — Srio. en ppdd.

PERJUICIOS — TEORIA DEL RIESGO — TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL — CULPA DE LA VICTIMA

1. La teoría del riesgo se funda, según Ripert, en que todo perjuicio causado debe ser atribuído a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría desaparece el concepto o la idea de culpa, para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. Según esa teoría no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa ni si ésta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella basta que el hecho se produzca, o la relación de causalidad, para que nazca la responsabilidad. Acorde la Corte con la doctrina de países extranjeros que no la han aceptado, no podría aceptar la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del artículo 2356 del C. C. se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en algunas sentencias de casación no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que es contraria y opuesta a la del riesgo creado. — 2. La doctrina de la responsabilidad reposa sobre la idea de la culpa probada o presumida. El título 34 del libro 4º del C. C., que consagra esta doctrina, puede dividirse en tres grupos: el primero, constituído por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Todos esos grupos contemplan situaciones distintas y se resuelven de manera diferente. En los dos últimos grupos se presume la culpa, al paso que en el primero de ellos esa presunción no existe y la culpa demostrada o presumida se traduce, como consecuencia jurídica y necesaria, en responsabilidad. — 3. El principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima está expresado en esta fórmula: *volenti non fit injuria*, respecto de la cual observa Lalou que si la víctima por su consentimiento ha aceptado un riesgo no puede luégo quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación. — 4. La gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos en que, de un lado no se discuten la culpa de ambas partes, y de otro, no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde según sea éste de derecho o de hecho, el cual, en este último evento, debe aparecer de modo manifiesto en los autos.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón)

El 24 de mayo de 1938, en el paraje de-

nominado "La Víbora", jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Cabal, se hallaba reventada y caída la línea de la empresa eléctrica de dicho municipio que conduce la energía para la luz de la región denominada "Dosquebradas". En la mañana de ese día Jorge Obando cogió el alambre reventado y quedó electrocutado en la carretera que va de Santa Rosa de Cabal a Pereira.

Estos, que son los hechos indiscutidos y comprobados del accidente, dieron base al padre del occiso, Floresmindo Obando, para entablar demanda ordinaria contra el Municipio de Santa Rosa de Cabal en la cual pide que se declare, previa la tramitación legal del caso, que ese municipio como propietario que es de la Empresa de Energía Eléctrica, es responsable de la omisión, hecho o culpa que ocasionó la muerte violenta de Jorge Obando Erazo y que como consecuencia de tal responsabilidad o culpabilidad se le condene a pagar al demandante en su calidad de único heredero del expresado Obando Erazo los perjuicios de toda índole que se le ocasionaron con la muerte de su hijo, perjuicios que serán fijados en la forma legal.

El Juez del conocimiento, que lo es el Civil del Circuito de Santa Rosa, en sentencia de 18 de febrero de 1939 falló la litis absolviendo al municipio de los cargos deducidos contra él en la demanda, y el Tribunal Superior de Manizales, en fallo de 27 de febrero del año en curso, confirmó, aunque por razones distintas, la resolución del inferior.

El apoderado de la parte vencida interpuso recurso de casación que le fue concedido y que hoy pasa a decidirse.

Basado el Tribunal en las declaraciones de Gabriel Llano y Oscar Giraldo, que estaban presentes cuando ocurrió el accidente, sostiene que como de tales testimonios aparece que se le advirtió a Obando que no tocara el extremo de la línea que estaba caída sobre la carretera, y que no obstante no quiso hacer caso y la tocó, la conducta de la víctima fue culposa o sea que Obando se expuso voluntariamente al riesgo y al ccidente, lo cual exime de toda responsabilidad al municipio demandado. Asienta el Tribunal que la relación de causalidad que pudo existir en el hecho que se imputa al municipio y el perjuicio causado por el daño ocurrido, queda destruída por el factor de la culpabilidad de Obando Erazo, consistente en la falta de previsión, en la imprudencia y en el descuido que representa el hecho demostrado en los autos de haber agarrado con las dos manos la línea que estaba caída y que conducía la corriente de energía eléctrica capaz por sí sola de producirle la muerte, a pesar de las advertencias de que no la cogiese.

El recurrente fundado en la primera causal del artículo 520 del C. Judicial sostiene que por apreciación errónea de las pruebas el Tribunal infringió el artículo 2356 del C. Civil por no haberlo aplicado y que aplicó indebidamente el 2367 de la misma obra por cuanto estimó que había compensación de culpas, no habiéndola. El recurrente concluye que en último análisis habría lugar a una reducción en la indemnización pero no a una compensación total.

Las pruebas que estima el recurrente indebidamente apreciadas son las declaraciones de Oscar Giraldo y Gabriel Llano, en que se apoya la sentencia, como ya se vio, por cuanto afirma el demandante en casación, el Tribunal no consideró esas declaraciones en su conjunto, sino sólo parcialmente.

El Procurador Delegado en lo Civil está en parte esencial de acuerdo con la tesis del recurrente y se expresa así:

"Acepta la Procuraduría que por parte del Tribunal sentenciador hubo una deficiente apreciación de los testimonios citados por el recurrente en lo relativo a las circunstancias que acompañaron el hecho que causó la muerte violenta de Jorge Obando Erazo. El Tribunal, en efecto, no aprecia en su fallo la circunstancia de que ni los testigos presenciales del hecho, ni la víctima, sabían a ciencia que la cuerda productora del siniestro estaba cargada de electricidad dinámica, circunstancia que se destaca tanto de la afirmación de los testigos como de las palabras pronunciadas por la víctima cuando fue advertida del peligro. Pero no acepta el suscrito Procurador en toda su integridad la conclusión que de allí saca el recurrente para sostener la completa ausencia de culpa por parte de la víctima, atribuyendo consecuencialmente toda la responsabilidad al demandado..... Acepta la Procuraduría que el hecho de hallarse sobre la vía pública una cuerda cargada de electricidad dinámica de alta tensión, suficiente para producir la muerte de quien la tocara, hace presumir culpa en el dueño de la empresa. Pero concurriendo con dicha culpa la de la víctima, que se expuso imprudentemente a la descarga mortal, no es de aplicación ilimitada el artículo 2356 del Código Civil,

sino en concurrencia con el 2357 de la misma obra. No acepto pues el cargo tal como se formula, es decir con exclusión de la culpa de la víctima..... Consecuente con las ideas expuestas, no impugno el tercer cargo formulado en la demanda de casación, por cuanto estimo que habiendo alguna culpa en el agente, la culpa concurrente de la víctima no alcanza sino a la reducción proporcional que preceptúa el artículo 2357 del Código Civil.

Considera la Corte: Aun cuando el Tribunal reconoce el alcance del artículo 2356 del Código Civil en los mismos términos en que lo ha hecho la Corte en varias sentencias, incurre no obstante en algunas confusiones y errores que como cuestión previa esta Corporación aclara por vía de doctrina. Y se dice lo anterior porque el fallador de segunda instancia confunde la teoría de la presunción de la culpabilidad a que da lugar el artículo 2356 citado, con la teoría del riesgo creado y estima que la relación de causalidad indispensable para que pueda presumirse y deducirse la culpa puede quedar destruída cuando se demuestra la culpabilidad de la víctima.

Como en los varios fallos en que la Corte ha estudiado y aplicado la teoría de la culpa ante la luz de los artículos 2341 y 2356, entre otros los de fechas de 14 de marzo de 1938, **Gaceta Judicial** número 1934, 18 de mayo de 1938, G. J. número 1936, 17 de junio de 1938, G. J. número 1937, se ha hablado del riesgo, y como pudiera pensarse que la Corte ha admitido esta teoría, es el caso de hacer a este respecto la aclaración correspondiente, como también reiterar su concepto sobre los elementos que dan base y fundamento a la doctrina que ha sentado, en los fallos ya mencionados, y en algunos otros respecto el artículo 2,356.

Teoría del riesgo creado

Esta teoría llamada también de la responsabilidad objetiva está fundada en lo siguiente, según lo expresa Ripert, en su obra "La Régle Morale dans les obligations Civiles". Todo perjuicio causado debe ser atribuído a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría desaparece el concepto o la idea de culpa, para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. De modo que según la teoría que se analiza no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa ni si ésta se presume pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella basta que el hecho se produzca, basta la relación de causalidad para que nazca la responsabilidad.

Aunque Ripert se inclina a esta teoría, es lo cierto que Planiol, Colin y Capitant no la admiten y algunos expositores franceses que en principio parecieron admitirla rectificaron después su concepto y últimamente los tratadistas que se han especializado en el estudio de la culpa como los hermanos Mazeaud y Henri Lalou la han combatido. La jurisprudencia francesa no ha aceptado tal teoría, y en los países donde el legislador ha consagrado el principio que la informa, lo ha atemperado de una manera muy notoria para evitar que produzca todas sus consecuencias y de ahí las disposiciones del artículo 54 del Código Suizo de las Obligaciones y del 289 del Código Civil Alemán.

Esta Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar, la teoría del riesgo porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del artículo 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en los fallos ya mencionados no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado.

Doctrina de la responsabilidad ante los artículos 2341 y 2356 del Código Civil

Según el sistema de nuestro Código Civil, más completo al respecto que el Código Francés, y según la jurisprudencia de la Corte contenida en los fallos mencionados en esta sentencia, la responsabilidad reposa sobre la idea de la culpa probada o presumida. Se creyó en un principio por algunos que el artículo 2356 del Código Civil era una repetición del 2341 de la misma obra, pero estudios detenidos sobre este extremo llevaron a la conclusión que esas dos normas contemplan y reglan situaciones muy distintas

y que por lo tanto la segunda no puede considerarse como simplemente repetida por la primera de las citadas.

Es verdad que ambos artículos parten de la existencia de una falta, de una culpa probada o presumida, lo cual no es inoficioso repetir, excluye la teoría del riesgo creado, pero de esa base arrancan hacia situaciones divergentes. El artículo 2356 que se enfoca hacia los daños o perjuicios que puede causar el ejercicio de ciertas actividades peligrosas, que como lo ha dicho la Corte no contiene en sus numerales 1º, 2º y 3º una norma taxativa, parte de la presunción de peligrosidad anexa a ciertas actividades y por eso la carga de la prueba se desplaza del demandante para recaer sobre el demandado porque así lo indica la naturaleza de la actividad peligrosa. La presunción de culpa que en el caso del artículo que se estudia pesa sobre el demandado, y lo obliga a la reparación del daño o perjuicio causado, puede ser desvirtuada por uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito e intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente, y ese elemento puede ser un error de conducta o sea la misma culpa de quien sufrió aquél, es decir de la víctima.

La fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, en tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, porque cuando el accidente ha podido o debido ser previsto por quien ejercita la actividad, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible no causa exoneración de responsabilidad. El error de conducta de la víctima, envuelve el concepto de una culpa en ésta y entonces esta culpa se enfrenta a la del agente y se produce, según las circunstancias, la reducción en el monto del perjuicio que puede llegar hasta la compensación total. No es, pues, que el error de conducta de la víctima destruya la culpa del agente ni menos que ese error rompa la relación de causalidad entre el hecho que produce el accidente y el perjuicio, sino que existiendo ambas culpas, la del agente y la de la víctima, el daño causado está sujeto a reducción en los términos ya expresados y tal es el verdadero alcance del artículo 2357 del Código Civil.

Resumiendo la doctrina sobre la culpa extracontractual, a la que se refiere este fallo, puede dividirse el título 34 del Libro 4º del Código Civil, que la consagra, en tres grupos: El primero, constituído por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas. En sentencia de 12 de mayo de 1939. (G. J., Tomo XLVIII, pág. 23), se hizo tan importante distinción y de ese fallo son los siguientes apartes: "Cada uno de estos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles; de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer punto ..... Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una falta de vigilancia o en una mala elección".

En síntesis: En las dos últimas agrupaciones de que se ha hecho mérito se presume la culpa al paso que en la primera de ellas esa presunción no existe y la culpa demostrada o presumida se traduce, como consecuencia jurídica y necesaria, en responsabilidad. Ya se vio como en el caso del artículo 2356 puede haber exoneración de responsabilidad y en tratándose de las disposiciones de los artículos 2346 a 2349 puede el superior o el patrón destruír la presunción de culpa que pesa sobre él, demostrando en su caso que no se le puede imputar negligencia o descuido o que el daño causado por su subordinado se realizó cuando no estaba bajo su custodia.

Cree pertinente la Corte destacar en

este fallo, por lo sintéticos y precisos, los siguientes conceptos que se hallan en la obra "De la Prueba en Derecho", de que es autor el profesor doctor Antonio Rocha, que se relaciona con todo lo expuesto anteriormente y que están a tono con la jurisprudencia de la Corte y la doctrina de los expositores modernos. "Hay sustancial diferencia, dice el autor citado, entre la teoría sentada por la Corte, de presunciones de responsabilidad y la de riesgo creado o culpa objetiva..... La teoría del riesgo responde a un viejo enunciado romano: **ubi emolumentum ibi onus,** o sea: el que recibe el provecho, debe así mismo soportar las cargas. Según la dicha teoría, la obligación de indemnizar a otra persona del daño que le ha causado una cosa que nos pertenece, resulta del solo hecho de tener la propiedad o el goce de la cosa, sin que al daño le preceda la culpa, sin que se haya violado ninguna regla de conducta. Y aunque hubiese mediado culpa, no es ella lo que allí se examina para deducir responsabilidad. El que goza de una cosa como dueño o nó, está obligado a indemnizar el daño que le ocasiona, como una justa compensación de los provechos que la cosa le reporta..... Como es fácil concluír, con tal doctrina no hay lugar a examinar si medió culpa, ni de invocar presunciones de culpa, ni de adoptar posiciones que favorezcan a la víctima, puesto que la responsabilidad resulta exclusivamente de la idea de que por derivar provecho de la cosa se deben soportar los inconvenientes y riesgos de la misma cosa. Naturalmente, el dueño o beneficiario de la cosa no tiene oportunidad ni lugar a descargar su responsobilidad probando ausencia de culpa, ni siquiera demostrando que el daño obedeció a caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la víctima..... Repetimos: a presunción de culpa se le opone la ausencia de culpa de la víctima; a presunción de peligrosidad, la fuerza extraña; **a riesgo creado, nada puede oponerse,** salvo el fraude o dolo de la víctima..... Extraemos, pues, en síntesis que, para el efecto de la prueba, el manejo de las cosas o el dedicarse a actividades semejantes, que implican peligrosidad, es obrar bajo presunción de responsabilidad o de peligrosidad, de modo que basta probar que el daño se sufrió por razón o con motivo de tales actividades para que el autor del daño quede presumido responsable y entonces el damnificado ha cumplido su papel probatorio.

Cumplido, le corresponde al autor del daño descartar la presunción que pesa sobre él demostrando a su vez que el daño obedece a caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño; **cualquiera de estos tres factores destruye la referida presunción.** Dicho sea de paso, para terminar, que la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño, se debe tomar, según el artículo 2,357, como intervención de elemento extraño".

(Obra citada, páginas 59 a 61, edición 1940).

Considera la Corte que los tres cargos que contiene el recurso deben estudiarse conjuntamente por cuanto están enfocados sobre el mismo objetivo y tienen en definitiva el mismo fundamento y que ese estudio debe hacerse a la luz de lo anteriormente expuesto.

Está comprobada la culpa del Municipio demandado. En efecto: La cuerda conductora de la electricidad se reventó la víspera del accidente, cayó sobre la carretera, por donde es obvio debían pasar los transeuntes; muy cerca, a pocos metros del punto donde la cuerda se hallaba reventada existía o existe una estación telefónica que comunica con las oficinas de la planta generadora de la luz; según se ve de algunas declaraciones, con el movimiento de un swith, ha podido interrumpirse la corriente. El Municipio tuvo pues tiempo y modo de evitar el accidente, lo cual no hizo y esto demuestra su culpa, su imprevisión y su descuido.

Sentado lo anterior, que acepta el Tribunal, estimó éste que la culpa en que incurrió Obando, compensa la responsabilidad de la entidad demandada. Para llegar a esta conclusión se apoya en las declaraciones de los testigos Gabriel Llano y Oscar Giraldo y es precisamente respecto de este extremo sobre el que versa la acusación por error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, por cuanto dice el recurrente que el Tribunal no apreció total sino parcialmente esas declaraciones. Mas si se lee a espacio el fallo acusado, encuentra la Corte que el Tribunal sí analizó totalmente esas declaraciones y que de ese análisis concluyó que la víctima había incurrido en culpa. Dice el Tribunal: "Descuido e imprevisión por parte de la víctima que se hacen más palpables al considerar el ningún caso que Obando E. hizo a las advertencias dadas por sus compañeros en el sentido de que era peligroso coger la línea....."

Los testigos declaran que ellos consideraron que era peligroso tocar la línea porque la corriente podía estar puesta a la hora del accidente, aunque agregan que no les constaba ciertamente eso. El Tribunal llegó a la convicción de que no obstante la incertidumbre de los testigos sobre si la línea estuviera o nó trabajando, hubo culpa en la víctima por cuanto los declarantes le advirtieron el peligro que corría si tocaba el alambre. En esta conclusión no se ve un error manifiesto en la apreciación de la prueba, no puede deducir la Corte que el Tribunal hubiera hecho caso omiso de parte de las declaraciones de los testigos, como tampoco puede concluír que el fallador haya omitido el estudio de alguna otra prueba o la haya interpretado erróneamente.

Por este aspecto no resultan demostrados los cargos hechos en casación, puesto que la apreciación del Tribunal no puede considerarse como errónea en tal grado que presente las características de error de hecho manifiesto.

Por otro aspecto y aun suponiendo, por vía de estudio, que el Tribunal no hubiera apreciado en su totalidad las dos declaraciones precitadas no podría con todo casarse la sentencia por cuanto aparece que a la culpa en que incurrió el Municipio demandado puede oponerse con éxito la culpa en que incurrió la víctima. En efecto: El principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima está expresado en esta fórmula: **Volenti non fit injuria** respecto de la cual observa Lalou que si la víctima por su consentimiento ha aceptado un riesgo no puede luégo quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación. Por su parte Savatier, citado por el recurrente, observa a su turno que todo hombre en posesión de sus facultades se considera que conoce sus deberes legales y morales y si viola uno de ellos no puede pretenderse exento de culpa alegando que ignoraba tal principio. Por eso el artículo 2357 del Código Civil, a tono con la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, se refiere no sólo a quien voluntariamente acepta un riesgo sino a quien se expuso a él imprudentemente. Ahora bien: El conocimiento o aviso del riesgo o peligro, es un elemento subjetivo indispensable para deducir o nó la culpa de la víctima y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla general sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y por lo tanto una solución diversa. De las declaraciones de los testigos Giraldo y Llano aparece que éstos tuvieron una apreciación conceptual o sea que era peligroso tocar las líneas porque la corriente podía estar puesta. Esa apreciación, ese concepto fue la norma determinante de la conducta prudente de los testigos tanto al no tocar la línea como al advertirle a Obando que no la tocara. Tuvo éste pues un punto de referencia, una conducta que imitar, y no se ve ni de los autos se deduce, por qué con plena seguridad apartarse del obrar de sus compañeros o sea de pasar de una actitud pasiva y de precaución a una activa y de temeridad. Y observa esto la Corte, porque aparece que Obando no era más ilustrado que sus compañeros los testigos; luego al separarse de la línea de conducta que seguían aquéllos, procedió imprudentemente y esta imprudencia, que le causó la muerte, se traduce en una culpa de la víctima. Además si se considera que parece que Obando tenía algunos conocimientos rudimentarios en materia de electricidad, su conducta fue menos disculpable.

El recurrente estima además que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 2357 del Código Civil en cuanto llegó a la compensación de las culpas lo cual juzga erróneo y al respecto se expresa así: "que al restablecer el imperio del artículo 2357 del Código Civil se ordenará pagar a mi mandante su indemnización, pero con una reducción razonable y justa".

Para responder a este cargo basta transcribir la siguiente doctrina de la Corte (sentencia de 26 de octubre de 1939, **Gaceta Judicial**, Tomo XLVIII, número 1950, página 757) que es del todo pertinente al cargo que se estudia: "la gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos como el presente en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro, no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde según éste sea de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos".

No encontrando la Corte que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, no puede casar la sentencia y no puede por lo tanto entrar en instancia; de

donde resulta que la apreciación del Tribunal, en cuanto a la compensación total de las culpas no puede tocarse. Y esta doctrina es la misma sustentada por el señor Procurador Delegado en lo Civil al contestar el recurso y por eso se expresa de la siguiente manera: "Considero sí, contra lo que sostiene el recurrente, que esa reducción, cuando se ha llevado a efecto por el juzgador en instancia, no es revisable en casación en cuanto a su monto, pues ella está sujeta a la libre apreciación del juez".

Es preciso, pues, concluír, que el cargo que se estudia no puede prosperar.

Como la demanda de casación por su importancia y técnica ha dado margen para aclarar una doctrina y rectificar algunos conceptos del Tribunal, no es el caso, según lo tiene resuelto la Corte, de hacer condenación en costas.

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

Sin costas en el recurso.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE ENTREGA DE UN DOCUMENTO.—POSESION DE TITULOS. REMISION.

1.—La posesión de un título en manos del deudor, de acuerdo con los principios del derecho probatorio, debe considerarse regular en virtud de la regla legal de que la buena fe se presume y, por consiguiente, que le ha sido entregado voluntariamente. No siendo admisible otra prueba que la escrita respecto de obligaciones que por su cuantía deben constar de este modo, es lógico considerar que el acreedor que voluntariamente se deshace del título de su crédito, constante en documento privado, renuncia a la única forma de demostración de que legalmente podía disponer, dando origen de esta manera a que se presuma la liberación de su deudor, porque haya recibido el pago o porque quiera hacer remisión de la deuda. Entregado voluntariamente el título de la obligación al deudor, o destruído o cancelado en esta misma forma por su dueño, hay base de presunción suficiente para tener por extinguida la obligación, pero admitiendo que el acreedor pueda probar que la entrega, destrucción o cancelación de su título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de extinguir la deuda, como demostrando, por ejemplo, que el ladrón de su documento lo entregó al deudor, o que en un incendio se destruyó, o que se canceló equivocándole con otro. — 2.—Aunque de acuerdo con el artículo 1762 del C. C. la remisión que procede de mera liberalidad está sujeta en todo a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que ésta se requiere, sin embargo, tratándose de remisión tácita, no es posible dar aplicación a aquellos preceptos en cuanto sólo se refieran a requisitos exteriores, porque fundándose en un hecho que se traduce en manifestación de voluntad tácita, esto es, en ausencia de toda forma, no hay lugar a exigir ninguna condición externa esencial. — 3.—De los casos exceptuados en el artículo 93 de la ley 153 de 1887, constitutivos de excepciones de excepción, el consistente en la imposibilidad física para hacerse a la prueba preconstituída que exige la ley, ha sido ampliado por la jurisprudencia de acuerdo con la doctrina, desde su obvia significación literal de haber sido imposible obtener el contrato escrito inicialmente, hasta la imposibilidad moral de obtener la prueba escrita como acontece consuetudinariamente con el valor de los servicios médicos, y en presencia de los casos en que habiendo existido originalmente la prueba literal ha desaparecido el acto escrito. Para esta última ocurrencia no puede ser indiferente la causa de la desaparición del instrumento escrito comprobatorio; es necesario que su pérdida haya sido la consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito para que la reconstrucción del acto sea judicialmente posible por medio de todas las especies probatorias sin exclusión ninguna. — 4.—El derecho de un acreedor para que se le devuelva por su deudor el título de la obligación está condicionado naturalmente por la vigencia de la obligación de que da testimonio. Si la obligación está extinguida, la tenencia del título, cancelado o no, corresponde al deudor, o mejor, a quien lo fue.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de apoderado y en nombre e interés de la sociedad conyugal formada por la actora con Leonidas Arango, disuelta por muerte de éste, y de la sucesión, ilíquidas en lo referente al objeto de la demanda. Carlota Jaramillo v. de Arango demandó a Benjamín Arango el 28 de septiembre de 1936, ante el Juzgado del Circuito de Medellín para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que el demandado está obligado a entregar a la actora, dentro del término de tres días, el documento que suscribió y firmó el 4 de julio de 1931 a favor de Leonidas Arango, en El Líbano, por la suma de $ 9.000 al 1 por 100 de interés mensual, y que, en caso de que no lo entregue, porque lo haya destruído o por cualquier otra causa, se le condene a pagar el valor de los perjuicios que por la no entrega se le ocasionen a la actora, estimados en la cantidad de $ 9.000, o la que pericialmente se fije en el juicio.

Subsidiariamente se pide la declaración de que el demandado Benjamín Arango T. debe a la sociedad conyugal que la actora tuvo con Leonidas Arango y a la sucesión de éste, la cantidad de $ 9.000 y sus intereses al 1 por 100 mensual desde el 4 de julio de 1931, procedentes en dinero que a mutuo dio Leonidas Arango al demandado, suma ésta que debe entregar dentro del término de seis días o del que judicialmente se fije, y finalmente, que sea condenado en las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de la demanda se enuncian los que siguen:

Entre Leonidas Arango, esposo de la demandante, Benjamín Arango y hermano de éste, existieron varios negocios consistentes en préstamos de dinero a interés, unos con garantía hipotecaria y en obligaciones simplemente personales otros, realizados en diversas épocas en Medellín, El Líbano y Puerto Berrío. En el año de 1931, en la segunda de estas ciudades, convinieron los dos hermanos en terminar sus cuentas y negocios, y como conclusión de este arreglo en que Benjamín resultó debiendo a Leonidas $ 9.000, suscribió a su favor, en presencia de Antonio María Echeverri y Ruderico Villegas, un documento privado el día 4 de julio de 1931 en que se declaraba deudor por esa suma sobre la cual reconocía intereses a la rata del 1 por 100 mensual.

A la muerte de Leonidas Arango, acaecida en El Líbano el 4 de mayo de 1934, el referido documento quedó entre sus papeles, en poder de Alfredo Mejía, encargado de todo lo relacionado con su mortuoria, liquidada mediante el juicio correspondiente en uno de los Juzgados de aquel Circuito, en el cual figuraron como interesados, la actora en su calidad de cónyuge supérstite, y Raúl Arango como hijo legítimo nacido el 30 de septiembre de 1924. En el inventario de los bienes relictos en el juicio sucesoral no se hizo figurar por olvido el crédito constante en el citado documento.

Así las cosas, el 7 de septiembre de 1935 desde Puerto Berrío donde se encontraban el demandante y la actora Carlota Jaramillo, viuda de su hermano, por medio de sendos telegramas pidieron a Alfredo Mejía, a El Líbano, el inmediato envío del documento, dirigido a Benjamín Arango, "con el objeto de poner una nota al pie de él, no de cancelación, sino de prórroga del plazo". Enviado por Mejía el instrumento en la forma pedida y no hallándose el día de llegada en Puerto Berrío Benjamín Arango le fue entregado a su hijo Fabio.

El deudor no ha pagado capital ni intereses de la obligación que consta en ese documento que no ha sido cancelado por Leonidas Arango, ni por la demandante, ni por su hijo Raúl Arango por ninguno de los medios legales, y que el demandado retiene contra la voluntad de la actora, por lo cual está en la obligación de devolverlo so pena de quedar sometido a las sanciones que establecen las leyes penales.

El demandado contestó oportunamente el libelo oponiéndose a que se hicieran las declaraciones principales y subsidiarias, y en cuanto a los hechos, en resumen, acepta que es verdad que en el año de 1931 arregló los numerosos negocios de préstamo que tuvo con su hermano Leonidas y que la suma que se liquidó como pendiente entonces fue solamente para el efecto de compensaciones con otras, pero que ese día fueron totalmente arregladas sus cuentas de modo que a partir de esa fecha no quedó obligación ninguna en su contra. "Es verdad que quedó un documento, pero cuyos términos no soy capaz de precisar", en ningún caso contentivo de obligación o deuda en su contra porque todo estaba cancelado, cuya falta de inventario en la sucesión, no obedeció a olvido; documento éste que verdaderamente fue pedido a Mejía y enviado por él al demandado, no para poner ninguna nota al pie, sino para que viniera a sus manos, puesto que no existiendo la obligación que allí constaba carecía de objeto su tenencia en manos de otra persona. El referido instrumento, sobre cuyos términos y cuantía no concreta sus recuerdos, y que debía estar cancelado por Leonidas Arango, le fue entregado, por ausencia suya el día de llegada, a su hijo Fabio, quien lo destruyó porque sabía que estaba cancelado y que por tanto no se necesitaba.

Trabado sobre estas bases el litigio, fue decidido por el Juzgado del Circuito en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1937 en que se absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Interpuesto contra este fallo de primer grado el recurso de apelación por el apoderado de la actora, fue confirmado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín el 8 de agosto de 1939 y es por virtud del recurso de casación legalmente interpuesto por la misma parte

contra esta sentencia de segunda instancia como la Corte conoce de este negocio que hoy procede a decidir por estar agotados los trámites de la ley.

Para el sentenciador del primer grado, del proceso se deduce la demostración de que existió un documento por el cual Benjamín Arango se declaró deudor de su hermano Leonidas por la suma de $ 9.000 en el año de 1931 pero que entregado ese documento al deudor e incinerado por él, es a la parte demandante a quien corresponde comprobar la actualidad de la obligación que demanda, para lo cual no encuentra en el expediente la prueba legalmente requerida, porque no habiendo confesión ni pudiendo deducirse la existencia de la obligación de los indicios a que hace referencia, con la prueba testimonial no puede acreditarse de acuerdo con los artículos 1767 del C. C. y 91 de la Ley 153 de 1887.

El Tribunal no participó de esta manera de apreciar el problema probatorio del pleito porque consideró que la imposibilidad en que se hallaba la parte demandante de presentar la prueba escrita de la obligación que demanda, dependiente del hecho de haber sido destruída por el demandado en virtud de la entrega que se le hizo del documento en que constaba, lo coloca en uno de los casos excepcionales a que se refiere el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, in fine, en que estando el actor en imposibilidad de presentar una prueba escrita debe admitírsele que pruebe los extremos de su acción con prueba testifical. En este orden de ideas concluye el Tribunal que la demandante ha demostrado testimonialmente que en realidad el demandado se constituyó deudor de Leonidas Arango por la suma de $ 9.000 cuyo pago no ha acreditado el deudor en ninguna forma. Mas a pesar de aceptar el Tribunal la prueba de la obligación, aunque sin referirse a plazo ni demás características de la deuda, se abstuvo sin embargo de sentenciar al tenor de las súplicas del libelo porque consideró que apareciendo que la entrega del documento al deudor había sido hecha voluntariamente y no habiendo demostrado la actora que esa entrega no fue voluntaria o hecha con ánimo dististo de condonar, dedujo que la demandante Carlota Jaramillo de Arango había hecho al deudor Benjamín Arango la remisión tácita de su obligación en los términos que establece el artículo 1713 del C. C., y de esta manera llegó a la confirmación de la sentencia absolutoria de primera instancia con la adición de declarar establecida la excepción de remisión de la deuda.

La demanda de casación, con apoyo en el motivo señalado en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia del Tribunal por violación directa de la ley sustantiva y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria concretando los cargos en cinco capítulos en que se indican separadamente las disposiciones legales que se consideran infringidas, y que en seguida se estudian, dejando para el final, por razones de orden, los contenidos en el segundo de esos capítulos.

a) Violación de los arts. 1713 del C. C. por indebida aplicación, y 661, 662, 665, 667, 606 y 608 del C. J. que dan normas para valoración probatoria en que incurrió el Tribunal como consecuencia de los errores cometidos al apreciar las pruebas de donde dedujo la remisión de la deuda sobre la base de que el documento había sido entregado voluntariamente por la señora Jaramillo al deudor, y por haber declarado en la sentencia que el documento llegó a manos de Benjamín Arango para condonarle la deuda, o por habérsela condonado. contra la expresa declaración que ha hecho éste al contestar la demanda y en posiciones. de que tal instrumento le fue entregado porque no debía nada en razón de él.

Al considerar este cargo resulta claramente que el acervo probatorio que el expediente ofrece para respaldar la conclusión de que el documento o título del crédito que persigue la actora Carlota Jaramillo fue a poder del demandado por virtud de entrega voluntaria que de él le hizo la demandante o que ordenó hacerle, fue acertadamente apreciado por el Tribunal porque en realidad es esa la certidumbre que fluye del proceso.

Se dijo al hacer el recuento de los hechos fundamentales de la demanda que el 7 de septiembre de 1935 demandante y demandado pidieron telegráficamente desde Puerto Berrío, a Alfredo Mejía, apoderado de la actora, quien tenía en El Líbano el citado documento que lo enviara, dirigido a Benjamín Arango. "Ruégole mandarme ésta dirigido Benjamín, documento él", reza el despacho de Carlota Jaramillo. En torno de su redacción formula el recurrente consideraciones de interpretación gramatical para sostener que la circunstancia de pedirlo bajo la dirección del demandado no implica la entrega

voluntaria del título en forma capaz de dar lugar a la presunción que deduce el Tribunal, y afirma que "este telegrama no es un hecho revelador de indicio alguno", como menos puede serlo el que dirigió el demandado a Mejía, que es apenas la ratificación del de la demandante con indicación de la forma en que debía hacerse el envío, para luégo concluír que "con indicios tan frágiles como los que existen en este proceso sería un magno error decir que aparece demostrada la entrega voluntaria del crédito al deudor para remitirle la deuda".

Pero resulta que el Tribunal no se ha apoyado en prueba indiciaria para afirmar el hecho de la entrega voluntaria, ni la ha deducido solamente de los dos precitados telegramas, sino de diversas pruebas que la demuestran inequívocamente, entre ellas la confesión de la demandante. "Según ella misma lo confiesa, aunque agrega que lo hizo con el ánimo de prorrogar el plazo", dice la sentencia refiriéndose a esta entrega. Y en verdad de autos aparece que el papel en cuestión llegó a poder del deudor de modo regular y por disposición voluntaria de Carlota Jaramillo. "Recibí orden telegráfica de la peticionaria —dice en declaración jurada su apoderado Mejía— para que remitiera el susodicho documento a Puerto Berrío con destino al señor Benjamín Arango, y como consecuencia de esa orden contraté los servicios de Roberto Solano para que se trasladara al lugar mencionado llevando el documento de que se habla", y este mensajero lo confirma cuando dice bajo juramento: "Llegado a Puerto Berrío y como allí no estuviese don Benjamín Arango a quien iba dirigido el sobre contentivo del documento mencionado, un hijo suyo, que responde al nombre de Fabio me significó estar autorizado para recibir el documento y yo le hice entrega". La confesión de la actora se halla en la siguiente pregunta que le formuló el demandado en posiciones: "¿Cómo es cierto, sí o nó, que como consecuencia de los telegramas mencionados Alfredo Mejía le hizo el envío del documento a que tanto se ha aludido, empleando como conductor a Roberto Solano?". Contestó: "Es cierto que me envió el documento a que yo me he referido".

No se ve, pues, que el sentenciador haya incurrido en error de apreciación al dar por establecido sobre el mérito de estos elementos probatorios el hecho de que el documento le fue entregado al deudor; y no se ve el error, porque al frente de la conclusión del Tribunal no se puede destacar ninguna otra que la contradiga y que aparezca de manifiesto en los autos. La posesión del título en manos del deudor, de acuerdo con los principios del derecho probatorio, debe considerarse regular en virtud de la regla legal de que la buena fe se presume, y por consiguiente que le ha sido entregado de modo voluntario. Y esta situación jurídica influye probatoriamente en el problema en el sentido de que la carga de la prueba para infirmar el hecho de la entrega voluntaria corresponde al acreedor, quien puede hacerlo usando de todos los medios legalmente posibles. En el caso de estudio nada se intentó para establecer que la entrega no fue voluntaria o que la posesión del título fue obtenida por el deudor de modo irregular como si lo hubiera robado o encontrado o alcanzado a través de un engaño, por ejemplo. Lo único que ha alegado la demandante, sin llegar a acreditarlo, es que el envío del documento pedido por ella con destino al deudor, fue hecho "con el objeto únicamente de poner una nota al pie de él, no de cancelación, sino de prórroga del plazo"; pero esa afirmación indemostrada carece hasta de verosimilitud por lo visiblemente innecesario del objeto que se alega. En relación con esto dice la sentencia: "Aquella exculpación de que entregó el crédito simplemente para ponerle la nota de prórroga del plazo no está demostrada y de otro lado es tan poco razonable, tan poco verosímil, ya que no es de uso que el mismo deudor sea quien adicione o reforme un documento y más de esta naturaleza, en que se trata de un crédito de nueve mil pesos, que toda otra consideración redunda".

Hasta aquí se ha considerado el cargo solamente en relación con la existencia del documento o prueba escrita de la deuda en poder del deudor por habérsele entregado voluntariamente por la demandante, o por su orden que es lo mismo, y se ha visto que es infundado porque el Tribunal apreció legalmente las pruebas que acreditan esa entrega. Pero la acusación se extiende también contra la presunción del ánimo de condonar que deduce la sentencia de la entrega del título y que le sirvió al Tribunal para declarar la remisión tácita de la deuda, y en esta parte sí resultan fundados los reparos que formula el recurrente contra el fallo acusado. "Con la afirmación hecha por el demandado —dice el recurrente— queda destruída la leyenda de que el documento

llegó a sus manos por remisión de la deuda, pues él afirma que fue a su poder porque nada debía. Si el mismo interesado no se acoge siquiera a la remisión de la deuda es intolerable que el sentenciador trate de escudarlo acudiendo a apreciaciones forzadas".

No siendo admisible otra prueba que la escrita respecto de obligaciones que por su cuantía, como la de que se trata, deben constar de este modo, es lógico considerar que el acreedor que voluntariamente se deshace del título de su crédito constante en documento privado renuncia a la única forma de demostración de que legalmente podía disponer, dando origen de esta manera a que se presuma la liberación de su deudor, porque haya recibido el pago o porque quiera hacer remisión de la deuda. Entregado voluntariamente el título de la obligación, al deudor, o destruído o cancelado en esta misma forma por su dueño, hay base de presunción suficiente para tener por extinguida la obligación, pero admitiendo que el acreedor pueda probar que la entrega, destrucción o cancelación de su título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de extinguir la deuda, como demostrando, por ejemplo, que el ladrón de su documento lo entregó al deudor, o que en un incendio se destruyó, o que se canceló equivocándole con otro documento". Lo que se deduce de la entrega voluntaria del título es una presunción de liberación — dicen Colin et Capitant, citados en la demanda en párrafo adicional traducido en lo atinente.— Pero esta liberación ha podido proceder de un pago o de una remisión gratuita de la deuda. En qué casos se considera que ha habido pago, y en cuáles que ha sido condonada la deuda? Creemos que es la indicación del deudor la que sirve para determinar, en principio, el sentido que debe darse al acto del acreedor....."

Siendo evidente que Benjamín Arango no ha dicho que el documento privado en referencia le fuera entregado con ánimo y en prueba de perdonarle la deuda, sino por no deber nada en virtud de pago, es claro que el Tribunal desatendió esta base fundamental y obligatoria del proceso desoyendo al demandado para afirmar en su sentencia que lo que hubo fue una remisión. Descartada ésta por las consideraciones que acaban de expresarse y por las que adelante se darán relacionadas con la capacidad legal de la actora para hacer ese acto de liberalidad, la sentencia del Tribunal ha de corregirse en su motivación jurídica pero sin llegar a su infirmación esencial por las razones que han de darse al analizar el problema probatorio del pleito.

b) Violación de los artículos 1458, 1712, 1740, 1741 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936 en que incurrió el Tribunal por cuanto la remisión de la obligación de nueve mil pesos que declaró en su fallo ha debido insinuarse, y como tal cosa no se hizo, quedó afectada de nulidad.

Aunque de acuerdo con la disposición del artículo 1712 del C. C. la remisión que procede de mera liberalidad, como lo sería la declarada en la sentencia, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que ésta lo requiere, sin embargo, tratándose de remisión tácita no es posible dar aplicación a aquellos preceptos en cuanto sólo digan relación con requisitos exteriores, porque fundándose en un hecho que se traduce en manifestación de voluntad tácita, esto es, en ausencia de toda forma, no hay lugar a exigir ninguna condición externa especial. Por este concepto, pues, la sentencia no quebranta los textos legales citados por el recurrente; pero da lugar también a rectificar en el sentido expresado la afirmación que hace el Tribunal de que en este caso ha debido mediar insinuación por implicar una donación mayor de dos mil pesos, pero que los efectos de esta omisión están fuera del litigio por no haber sido este extremo oportunamente deducido en la demanda.

c) Violación de los artículos 2341, 2342, 2343 y 2344 del C. C. en que incurrió el Tribunal al negar la indemnización de perjuicios causados por la no entrega o devolución del documento a la demandante, probado como está el hecho ilícito generador de la culpa de que tal instrumento, que no tenía por qué reposar en manos del deudor, fue destruído por él o por su orden.

No hay nada en la sentencia acusada, ni en el planteamiento que del juicio hizo el Tribunal que pueda prestar algún sostén a la imputación de quebranto de estas reglas legales que gobiernan el fenómeno de la responsabilidad por culpa extracontractual y cuya aplicación no puede tener oportunidad dentro de las tesis del fallo. Este cargo está conexionado esencialmente con el primero porque naturalmente reposa sobre la base de que el documento privado que daba fe de la obligación no fue a manos de Benjamín Arango regular y lícitamente, por acto

voluntario de la demandante, como se dejó establecido a la luz de las pruebas que obran en autos, sino por alguna manera o medio ilícito de que se hubiera servido el deudor para desposeer a la actora de su prueba, suposición esta última no abonada en forma alguna por ninguna probanza. Para que pudiera deducirse la culpa a que alude este cargo sería preciso que se hubiera comprobado además que el documento cuestionado era la prueba de una obligación insoluta, pues de otro modo, el hecho en que se hace consistir resulta jurídicamente indiferente.

d) Violación de los artículos 1494, 1602, 1603, 1626 y 1627 del C. C. en que incurrió el Tribunal por no aplicación, como consecuencia del error que cometió al no apreciar las pruebas "demostrativas de la existencia de la obligación, sin que ninguna excepción la hubiera destruído". Si el Tribunal — dice el recurrente — no hubiera menospreciado el caudal probatorio que obra en autos y no hubiera cometido un error evidente al encauzar éste hacia la demostración de la existencia de la remisión habría tenido que concluír fallando de acuerdo con la demanda".

Este cargo no tiene significación sino en cuanto se interprete como ataque general a las razones en que el Tribunal asienta su tesis de la remisión tácita. A este respecto, las conclusiones que adopta la Sala, fuera de las expresadas al considerar el primer cargo, son las que se consignan al analizar la última acusación, en el aparte que sigue. Respecto de la apreciación de la prueba testimonial para acreditar la existencia de la obligación a que se refiere la petición subsidiaria de la demanda se hace en el lugar que corresponde a la oportunidad que tiene la Corte de estudiar el pleito como Tribunal de instancia por hallar fundados algunos de los cargos de violación legal.

e) Este último cargo se formula con la negativa a la siguiente cuestión con que se encabeza el capítulo respectivo de la demanda: "¿Podía la señora Carlota Jaramillo remitir un crédito que no era suyo sino de la sucesión de Leonidas Arango? Y se indican como disposiciones infringidas por el Tribunal al declarar tácitamente condonada por la demandante la deuda del demandado, entre otras, las contenidas en los artículos 1711 y 1712 del C. C.

Se considera

Hace donación entre vivos el que remite una deuda, y la remisión que procede de mera liberalidad está en todo sujeta a las reglas de esta especie de donaciones. La condonación o perdón de la deuda, que es un modo de extinguir las obligaciones, no tiene valor sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella. La aplicación de estos principios jurídicos consignados en los artículos 492, 1454, 1711 y 1712 del C. C. al caso de estudio revela la ilegalidad de la sentencia al declarar la referida condonación sin acato a las leyes que le niegan valor a ese acto dispositivo en las condiciones especiales en que fue declarado. En efecto: da el proceso testimonio incuestionable de que la obligación a cargo del demandante no fue inventariada ni figuró por consiguiente en la partición de los bienes sucesorales de su acreedor Leonidas Arango, en cuya sucesión, ilíquida en esta parte, figuraron como interesados su cónyuge Carlota Jaramillo y su hijo legítimo Raúl, nacido el 30 de septiembre de 1924, como se ha acreditado fehacientemente en el juicio con la presentación de las partidas correspondientes de origen eclesiástico. Este crédito sucesoral no inventariado ni adjudicado del cual era acreedor la sucesión ilíquida, pertenecía por consiguiente a los herederos de Leonidas Arango, entre los cuales figura su hijo Raúl de once años por la época en que aparece realizada la remisión tácita de la deuda declarada por el Tribunal en su sentencia, de tal modo que a su madre Carlota Jaramillo de Arango le estaba prohibido por la ley condonar gratuitamente una deuda de que era dueño, por lo menos en parte, su menor hijo Raúl de acuerdo con el artículo 304 del C. C. que prohibe al padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo sin las formalidades y limitaciones impuestas a los tutores y curadores. Olvidó el Tribunal al edificar su fallo sobre el fenómeno de la remisión tácita que se ha hablado que es jurídicamente indispensable para que tal forma de extinción de las obligaciones tenga eficacia y valor que quien condona sea acreedor y además sea hábil para disponer de la cosa que es objeto del perdón.

Esta situación legalmente irregular en que se colocó el Tribunal para sentenciar el pleito y en que se han fundado las acusaciones estudiadas, no da base a la Sala, como ya se advirtió, para infirmar totalmente el fallo recurrido, sino simplemente para hacer la rectificación de doctrina que cumple a los fines del recurso,

porque revivido el pleito con todos sus problemas por virtud de la prosperidad del cargo, encuentra la Corte que debe llegar, aunque por diverso camino, a la misma solución absolutoria de la sentencia que se estudia.

Esta es, en efecto, la situación que se plantea al analizar el aspecto probatorio que ofrece el proceso por la circunstancia de que el documento o título de la obligación que demanda Carlota Jaramillo de Arango hubiera pasado a poder del pretendido deudor por entrega voluntaria que de él le hizo la demandante como claramente ha quedado establecido este hecho de especial importancia para la decisión.

Sometidas a la jurisdicción de la Corte las diversas cuestiones del litigio, la primera que hay que considerar y decidir es si está probada la obligación a que se refiere la demanda, como lo aceptó el Tribunal en la sentencia que se estudia, y que en este particular merece ser también rectificada. Es oportuno decir aquí que no tiene razón el recurrente cuando afirma que esta parte del fallo que no es su soporte principal, en que da por establecida la obligación, no puede ser modificada por la Sala por no ser objeto de ninguna acusación ni reparo, pues habiendo de estudiar todos los aspectos del litigio como consecuencia de haber resultado fundado uno de los cargos de violación legal contra la sentencia, ha de considerar la Corte la integridad del problema, y en primer lugar, como es obvio, la demostración de la obligación que se demanda, cuya prueba corre a cargo de quien la pide.

En el derecho probatorio colombiano está excluída la prueba testimonial respecto de obligaciones que hayan debido consignarse por escrito, entre las que figuran las que valgan más de quinientos pesos, las cuales no pueden demostrarse con prueba de testigos, ni adicionarse o alterarse en esta forma lo que exprese su contexto, aunque quien demande reduzca a esa cifra su pretensión y aun cuando se demande por cuantía menor que esa, si se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue. Así lo disponen los artículos 1767 del C. C. y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887. Pero a esta regla general de exclusión de la prueba testimonial consagrada sin duda en vista de la peligrosidad de esta probanza establece el artículo 93 de la citada ley tres casos de excepción en que es posible aducir testimonios en suplencia de la prueba primordialmente obligatoria, y son: los en que hay un principio de prueba por escrito, los expresamente exceptuados por la ley, y aquellos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita.

Carece de pertinencia la consideración de los dos primeros casos de excepción. Es sólo el referente a la imposibilidad de obtener la prueba escrituraria el relacionado con este pleito. El Tribunal de Medellín consideró que en el litigio que se falla estaba realizado perfectamente el tercer caso excepcional porque "la prohibición de la prueba testifical se halla fundada siempre en el supuesto de que las partes han podido procurarse el título escrito", cosa imposible aquí puesto que el documento le había sido entregado por la demandante al deudor, y para concretar su punto de vista escribe en la sentencia, en estilo un poco oratorio, la siguiente interrogación dirigida a uno de los litigantes: "Cómo, señor demandado, podía aducirse prueba escrita si usted es precisamente quien la tiene, o retiene, o la destruyó, según sus mismas afirmaciones? Cómo pretende el demandado exigir prueba literal, si él mismo nos dice que el documento lo recibió como símbolo de que estaba cancelado?"

Equivocada es en concepto de la Sala esta tesis de la sentencia, porque la imposibilidad en que se halle el demandante de presentar la prueba literal causada por haberle hecho entrega voluntaria del documento al deudor, no es la contemplada en la ley para poder suplir testimonialmente la prueba de la obligación que legalmente debe demostrarse con prueba escrita. De los casos exceptuados en el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, constitutivos de excepciones de excepción, el consistente en la imposibilidad física para hacerse a la prueba preconstituída que exige la ley, atinente al caso de estudio, ha sido ampliado por la jurisprudencia de acuerdo con la doctrina, desde su obvia significación literal de haber sido imposible obtener el contrato escrito inicialmente, hasta la imposibilidad moral de obtener la prueba escrita acontece consuetudinariamente con el valor de los servicios médicos, y en presencia de los casos en que habiendo existido originalmente la prueba literal ha desaparecido el acto escrito. Para esta última ocurrencia, según las decisiones jurisprudenciales, no puede ser indiferente la causa de la desaparición del instrumento escrito comprobatorio; es necesario que su pér-

dida haya sido la consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito para que la reconstrucción del acto sea judicialmente posible por medio de todas las especies probatorias sin exclusión ninguna. "Aunque la Ley 153 — ha dicho esta Sala (G. J., XLIII, P. 578) — no lo dice de modo expreso, y por su texto pudiera creerse que la última excepción procede sólo cuando fue imposible obtener inicialmente la prueba escrita, considera la Corte que a este privilegio, contrario a la limitación legal de la prueba de testigos, puede acogerse también el acreedor que ha perdido su documento por causa de fuerza mayor o caso fortuito, como lo sería un hecho criminoso que produjera la privación de la prueba escrita. Demostrada oralmente la existencia de la obligación o la del documento y su tenor, se rehace el camino perdido porque habría imposibilidad absoluta, ex post facto, de exhibir la prueba literal. El artículo 1348 del código francés habla expresamente de la pérdida del título del acreedor "por consecuencia de un caso fortuito, imprevisto y resultante de una fuerza mayor. Esta excepción del código napoleónico es natural desarrollo del principio según el cual nadie está obligado a lo imposible".

Está demostrado que la prueba escrita vino a los autos en este caso porque le fue entregada voluntariamente por la actora al deudor demandado, y esta circunstancia que altera la situación normal y ordinaria de que el título de las obligaciones esté en poder del acreedor hasta el punto de llegar a ser el fundamento de la presunción de liberación según se dejó visto, hace improcedente del todo la aplicación de la regla legal que autoriza la prueba testifical en la situación de imposibilidad a que se refiere el artículo 93 de la Ley 153 de 1887. Por lo demás, rota la normalidad jurídica por estar el documento comprobatorio en manos del deudor, la carga de la prueba se hace más onerosa por cuanto el actor debe acreditar no sólo la existencia del documento escrito con sus condiciones especiales, esto es, la prueba de la prueba, sino el hecho de su pérdida propiamente dicha, y, además la demostración de que la obligación contenida en ese documento está vigente. "Bien se comprende — dijo la Corte en la sentencia precitada— que el Tribunal advirtió la gravedad de ese paso y se dio cuenta de que si la existencia de un documento contra determinada persona o su desaparición por cualquier causa, dando entrada a la prueba testimonial, demostrara obligaciones contra la persona que en el papel perdido figuraba como deudor, la regla de prueba literal se trocaría en la excepción de prueba testimonial, y los patrimonios quedarían a merced del dicho de testigos a quienes les bastaría forjar documentos con el propósito de obtener luégo testimonios sobre su contenido y su pérdida, para que los jueces dedujeran obligaciones contra el imaginado deudor".

Siendo cosas distintas la prueba de la prueba escrita y la prueba de la obligación en ella constante, no daría base a la prueba testimonial del proceso, en el supuesto de que fuera legalmente aceptable, para declarar la existencia de la obligación a que se refiere la demanda porque no puede configurarse o reconstruírse con ella en todas sus condiciones esenciales, y se refiere más bien a la mera preexistencia del instrumento. Sobre la pérdida de este panel no hay nada en el acervo probatorio, fuera del hecho, no desvirtuado en ninguna forma por la demandante, de que el documento le fue entregado voluntariamente a Benjamín Arango, como ya se ha repetido. Y de las manifestaciones que ha hecho el demandado y de que da testimonio el proceso no puede deducirse la prueba de confesión, que sí sería hábil y eficaz para demostrar la obligación demandada, porque tanto en la contestación de la demanda como al absolver las posiciones que la actora le pidió ha sostenido reiteradamente que nada quedó debiendo a su hermano Leonidas, y que el documento en cuestión, a cuya existencia alude en forma indeterminada e imprecisa, no contenía ninguna deuda suya y por ese motivo le fue entregado. "Cómo es cierto, si o nó, — dice la séptima de las posiciones que absolvió — al declarar mi esposo extinguida la obligación que se menciona en el postulado 4º, lo fue, entre otras cosas, porque el absolvente firmó ese mismo día un documento privado por la suma de nueve mil pesos oro? Contestó: No recuerdo en cuál de los numerosos negocios que concluí con mi hermano tuvo origen un documento privado por cuantía que no puedo precisar, que la interrogante me entregó por conducto de su apoderado, porque sabía que estaba cancelado como en efecto lo estaba, y tanto sabía, que no lo hizo figurar en el inventario de la sucesión. Yo destruí ese documento, que no tenía objeto conservar".

No es, en resumen, admisible en este

caso la prueba testimonial como suplente de la escrita que exige la ley para demostrar la obligación que se demanda, y ni en el supuesto de que lo fuera, de la traída a los autos podría deducirse por el establecimiento de su fuente jurídica y la existencia y pérdida del documento que la acreditaba. A este estado de completa improbación sobre existencia y vigencia de la deuda se subordina la súplica del libelo sobre entrega del referido documento y perjuicio en caso de no hacerla, pues fuera de la imposibilidad física de efectuarlo, dependiente del hecho acreditado en autos de su destrucción, el derecho de un acreedor para que se le devuelva por su deudor el título de la obligación está condicionado naturalmente por la vigencia de la obligación de que da testimonio. Si la obligación está extinguida, la tenencia del título, cancelado o no, corresponde al deudor, o mejor, a quien lo fue.

Todas las consideraciones que anteceden, como se advirtió al principio del fallo, no producen otro efecto que rectificar las equivocaciones doctrinarias en que incurre la sentencia acusada, que no puede ser infirmada, completamente sin embargo, porque a pesar de esas enmiendas de doctrina la solución del litigio es la misma absolutoria de las instancias.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 8 de agosto de 1939, que ha sido materia de este recurso, en cuanto declaró establecida la excepción de remisión, y la deja vigente en todo lo demás.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SE ORDENA EL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

El Tribunal Civil de Primera Instancia de los Bajos Pirineos, Sección de Pau, República Francesa, dictó sentencia el 23 de enero de 1929 por la cual decretó la interdicción judicial, por imbecilidad habitual, del ciudadano colombiano Ernesto Mallarino Borda, hijo del señor Gonzalo Mallarino, ya fallecido y de la señora Soledad Borda de Mallarino, quien ante el Tribunal francés instauró por medio de apoderado el juicio de interdicción judicial de su expresado hijo.

Dicha señora, que ya falleció también, otorgó testamento ante el Notario de la ciudad de Pau, y entre otras disposiciones nombró albacea y curador de su hijo demente, al señor Julio Caro. La sucesión de la expresada señora se abrió en Bogotá y el Juez 6º Civil del Circuito reconoció al señor Julio Caro su carácter de albacea.

El señor Caro, por medio de su apoderado especial, doctor Ignacio Rodríguez, pide a la Corte que se declare que la referida sentencia dictada por el Tribunal de Pau, tiene pleno efecto en Colombia.

Tramitado el negocio en la forma establecida por los artículos 559 y 560 del C. Judicial, la Corte procede hoy a fallarlo.

La parte actora ha presentado los siguientes documentos: a) Copia de la sentencia, debidamente traducida y autenticada dictada por el Tribunal Civil de Primera Instancia de los Bajos Pirineos, Sección de Pau, República Francesa, por la cual se puso en interdicción judicial al señor Ernesto Mallarino; b) Copia del Decreto del Presidente de la República Francesa, por el cual manda y ordena a todos los funcionarios judiciales, Procuradores Generales y Comandantes y Oficiales de la fuerza pública hacer respetar la sentencia cuando fueren legalmente requeridos para ello; c) Copia debidamente traducida, autenticada y registrada del testamento otorgado por la señora Soledad Borda de Mallarino y copia del auto de 28 de noviembre de 1938 dictado por el Juez Sexto del Circuito de Bogotá, por el cual se declara abierto y radicado en ese Juzgado el juicio de sucesión testada de la expresada señora Borda de Mallarino y se reconoce al señor Julio Caro como albacea de esta señora; d) Copia de las declaraciones juradas de los profesores y abogados franceses G. Ripert y N. Niboyet, quienes certifican que de acuerdo con las leyes de la República Francesa y con la interpretación constante que de dichas leyes ha establecido la jurisprudencia en sus Tribunales, las sentencias pronunciadas en otro país tienen pleno efecto en Francia y se cumplen después del exequatur pronunciado por los Tribunales; que esta legislación es especialmente aplicable a los fallos que versen sobre el estado de las personas, como los que decretan la interdicción por causa de demencia; que la interdicción por causa de demencia de un ciudadano francés, obtendría el exequatur de los Tribunales franceses y tendría pleno efecto en Francia; y que la doctrina expuesta por dichos abogados se funda en el artículo 546 del Código de Procedimientos y en el artículo 2123 del Código Civil francés.

Teniendo en cuenta los anteriores documentos y considerando:

1º Que la sentencia cuyo cumplimiento se pide se dictó a consecuencia del ejercicio de una acción personal, como lo es la de interdicción del señor Ernesto Mallarino Borda;

2º Que dicha sentencia no contraría el orden público o las buenas costumbres de Colombia ni afecta la jurisdicción nacional, sino que por el contrario está conforme con ese orden puesto que va a proteger a un colombiano, incapaz, por su estado mental para administrar sus bienes;

3º Que por lo tanto y por el aspecto del artículo 557 del C. Judicial, en sus numerales 1º y 2º, puede cumplirse la sentencia mencionada;

4º Que debe presumirse que esa sentencia está ejecutoriada conforme a la legislación francesa, presunción que adquiere mayor fuerza, si se considera que está ordenado por el Presidente de la República Francesa su cumplimiento, y es sabido

que según un principio general una sentencia no puede cumplirse sino cuando está ejecutoriada, por lo cual, a juicio de la Corte se encuentra llenado el requisito de que trata el numeral tercero del precitado artículo 557;

5º Que con las declaraciones juradas de los profesores de la Facultad de Derecho de París, señores Ripert y Niboyet, se ha demostrado que de acuerdo con las leyes y jurisprudencia de la República Francesa, un fallo sobre interdicción judicial dictado en Colombia obtendría el exequatur de los Tribunales franceses y tendría pleno efecto en Francia;

6º Que la certificación anterior, de acuerdo con el artículo 659 del C. Judicial, es apta para establecer la validez o existencia de las leyes extranjeras que en determinado caso han de tener aplicación en Colombia, lo cual es evidente para la Corte porque se trata en esas certificaciones del testimonio de dos abogados autorizados que ejercen su profesión en Francia y quienes se refieren expresamente a las disposiciones de los artículos pertinentes de los Códigos Procedimental y Civil de Francia y por eso enseña el artículo que acaba de citarse que uno de los medios de comprobar la validez o existencia de leyes extranjeras, es el empleado o escogido por el actor en este caso, y el cual consiste en los testimonios de que se ha hecho mérito;

7º Que lo anterior está conforme con la doctrina de la Corte, según se ve de la sentencia de 16 de mayo de 1934, Gaceta Judicial número 1895-B, Tomo XLI-bis, en la cual se falló un caso análogo al presente;

8º Que no existe, según está demostrado en el expediente, ningún tratado celebrado entre la República de Colombia y la República Francesa sobre fuerza y cumplimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales colombianos o franceses, pero sí está acreditado, con las declaraciones de que se ha hecho mérito, que las sentencias de los Tribunales colombianos tienen fuerza en Francia, por lo cual es aplicable la parte final del artículo 555 del C. Judicial, y

9º Que los documentos extendidos en Francia que se han acompañado a la demanda reúnen los requisitos establecidos por el artículo 657 del C. Judicial, por lo cual hacen fe, y que la autenticidad de la sentencia cuyo cumplimiento se pide está demostrada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, visto el numeral tercero del artículo 32 del C. Judicial y oído el señor Procurador Delegado en lo Civil, FALLA:

La sentencia dictada por el Tribunal Civil de Primera Instancia de los Bajos Pirineos, Sección de Pau, República Francesa, el veintitrés de enero de mil novecientos veintinueve por la cual se decretó la interdicción judicial, por causa de demencia habitual, del ciudadano colombiano Ernesto Mallarino Borda, tiene pleno efecto en Colombia y debe cumplirse por las Autoridades colombianas.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Fulgencio Lequerica Vélez—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—Emilio Prieto H., Ofl. Mayor en propiedad.

CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

En relación con los artículos 205 y 206 del C. J. ha estimado la Corte en varios casos que la fijación de la cuantía en una demanda tiene no sólo el efecto de determinar la competencia sino también, cuando al respecto no se hace ninguna salvedad y se estima en una suma determinada mayor de mil pesos pero menor de tres mil, que esa determinación, cuando queda en firme por no haber sido objetada en los términos del artículo 206 del Código citado, es inmodificable y rige para los efectos del recurso de casación, descartando todo motivo de duda en cuanto a la fijación de la cuantía, puesto que no es lo mismo estimar una acción en dos mil pesos que en más de dos mil; en el primer caso no puede haber materia de duda, lo cual no sucede en el segundo y entonces el dictamen pericial tiene cabida de conformidad con el artículo 524 ibídem.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Al fallar el presente recurso de hecho, son pertinentes estos antecedentes:

La señora María Josefa Caicedo de Mosquera entabló demanda reivindicatoria contra la señorita Rosario Caicedo, respecto de una casa, de construcción antigua, ubicada en la ciudad de Pasto.

El juicio ordinario a que dio origen la demanda reivindicatoria vino a la Corte en casación y esta Corporación en sentencia de 9 de julio de 1937 declaró que dicha casa era de propiedad de la demandante señora Caicedo de Mosquera y condenó a la demandada señorita Caicedo a restituírla y a pagar sus frutos naturales y civiles. Mas sucedió que la demanda no fue registrada, lo cual hizo posible que el sucesor de la señorita Rosario le vendiera entre tanto dicha casa al señor Javier Ortiz.

Dada esta situación, la señora Caicedo de Mosquera, por medio de apoderado, entabló juicio reivindicatorio contra el expresado Javier Ortiz, respecto del mismo inmueble. El juicio siguió su tramitación legal y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en sentencia de 27 de junio último desató la litis en segunda instancia confirmando la sentencia del Juez **a quo** de fecha 23 de mayo de 1939 que reconoció el derecho de dominio a favor de la demandante y adicionándola en el sentido de condenar a la parte demandada al pago de los frutos naturales y civiles del inmueble desde la contestación de la demanda.

El demandado interpuso recurso de casación contra el fallo y el Tribunal no se lo concedió por considerar que la cuantía de la acción no alcanza para ese efecto y estimó además que, dados los elementos probatorios que existen en el proceso, no hay motivo de duda sobre la cuantía. Esta resolución tiene fecha de 24 de julio pasado.

El Tribunal, como ya se expresó, basándose en que el actor fijó en la demanda la cuantía de la acción en dos mil pesos sin que el demandado la hubiera objetado, considerando además que no existe motivo de duda respecto de aquélla por cuanto aparece que la casa reclamada fue comprada por Ortiz en mil quinientos pesos ($ 1.500) y teniendo en cuenta la doctrina de la Corte sobre el particular, dictó el mencionado auto de 24 de julio en el que no accedió a conceder el recurso de casación interpuesto.

Se considera: En relación con los artículos 205 y 206 del C. Judicial, la Corte en varios casos ha estimado que la fijación de la cuantía de una demanda tiene no sólo el efecto de determinar la competencia sino también, cuando al respecto no se hace ninguna salvedad y se estima en una suma determinada mayor de mil pesos pero menor de tres mil, que esa determinación cuando queda en firme por no haber sido objetada en los términos del artículo 206 del Código citado, es inmodificable y rige para los efectos del recurso de casación, descartando todo motivo de duda en cuanto a la fijación de la cuantía, puesto que no es lo mismo esti-

mar una acción en dos mil pesos que en más de dos mil; en el primer caso no puede haber materia de duda lo cual no sucede en el segundo y entonces el dictamen pericial tiene cabida de conformidad con el artículo 524 ibídem.

La Corte por lo tanto a este respecto se reafirma en la doctrina que ha sostenido entre otras, en fallos de 7 de julio de 1939.

Pero en el presente caso hay más: el Tribunal no encontró motivo de duda respecto de la cuantía, dado el valor del inmueble que se reivindica según consta de autos. De manera que dos factores determinaron su decisión: a) fijación precisa de la cuantía de la acción en la demanda, y b) valor del inmueble objeto de la litis.

El Tribunal tuvo como principal argumento el de la fijación de la cuantía, lo cual es jurídico y da base suficiente a su auto, porque si como se ha visto, la fijación de la cuantía en la demanda en una cantidad precisa y determinada, menor de tres mil pesos, no objetada por el demandado, sustrae desde el principio el juicio del recurso de casación se concluye, por lo dicho antes que el Tribunal de Pasto no podía conceder el recurso interpuesto por el apoderado de Javier Ortiz, toda vez que el valor de la acción fijado en la demanda no alcanza a la cuantía a que se refiere el artículo 519 del C. Judicial.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECIDE que está bien denegado el recurso de casación interpuesto por Javier Ortiz contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de fecha veintisiete de junio último.

Publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, comuníquese esta resolución a dicho Tribunal y archívese el expediente, previa copia de esta decisión.

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE REVISION DE UN JUICIO EJECUTIVO Y DE NULIDAD. MANDATARIO.

1.—Para la Corte ha sido siempre incuestionable que un mandatario necesita poder o facultad especial para tomar dinero en mutuo por cuenta de su mandante. — 2.—En el acto ejecutado a nombre de otro, si ocurre que el representante es quien materialmente ejecuta el acto, sus efectos se producen para el representado, siempre que la relación jurídica se haya realizado como resultado de la voluntad delegada de la persona que se dice representar. — 3.—La nulidad del acto producido por extralimitación de las funciones del mandatario es siempre relativa, según jurisprudencia de la Corte. — 4.—El fin principal del recurso de casación es el de unificar la jurisprudencia nacional, y su efecto procede para reparar los agravios inferidos a las partes, cuando las sentencias de los Tribunales son violatorias de disposiciones legales sustantivas, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea cuando la violación es el resultado de la falta de apreciación de pruebas o de su indebida calificación, o cuando ocurre otro de los eventos señalados en los distintos numerales del artículo 520 del Código Judicial. En manera alguna está instituído el recurso de casación para corregir defectos procedimentales que debieron serlo en las instancias, o para corregir errores aritméticos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

Por escritura pública número 210 de 31 de mayo de 1930, de la Notaría 2ª de la ciuda dde Pasto, Abigaíl Burbano confirió poder a Artemio Burbano: "Para que lo represente y administre todos los bienes del poderdante, recaude sus productos y celebre con relación a ellos toda clase de contratos relativos a su administración. Segundo: Para que exija, cobre o perciba cualesquiera cantidades de dinero o de otras especies que se adeuden al poderdante, expida los recibos y haga las cancelaciones correspondientes. Tercero: Para que pague a los acreedores del poderdante y haga con ellos arreglos sobre los términos de pago de sus respectivas acrencias. Cuarto: Para que adquiera a título oneroso bienes sean muebles o inmuebles y también para que los enajene al mismo título, así los bienes que el exponente tiene ya adquiridos como los que adquiera en lo sucesivo. Quinto: Para que exija y admita cauciones reales o personales y también para que las otorgue a favor de los acreedores del exponente hipotecando sus bienes. Sexto: Para que transija los pleitos, dudas o diferencias que ocurran relativos a los derechos y obligaciones del exponente. Séptimo: Para que represente al exponente ante cualesquiera corporaciones... Octavo: Para que delegue total o parcialmente este poder... Noveno: Para que pueda vender, hipotecar, y hacer cualquier transacción con alguno o algunos o con el total de los bienes del exponente, ya sean muebles o inmuebles, facultándolo para celebrar y firmar las correspondientes escrituras, cancelar las hipotecas, recibir los valores y en general para que asuma la personería del exponente siempre que lo estime conveniente, de manera que en ningún caso quede sin representación en negocios que le interesen, ya se refieran a actos dispositivos o meramente administrativos, o judiciales, pudiendo además dar linderos, posesionar a los compradores y hacer todo cuanto pudiera hacer el exponente pesonalmente".

En documento privado, suscrito el primero de julio de mil novecientos treinta y tres, en la ciudad de Pasto, Artemio E. Burbano, en su propio nombre y como apoderado de Abigaíl Burbano, según el poder antes trascrito, declaró haber recibido del señor Carlos Melo Gálvez, en calidad de mutuo comercial con interés del uno y cuarto por ciento mensual, la suma de mil pesos oro m/l. en billetes del Banco de la República que se comprometió a devolver en el término forzoso de un año contado desde esa fecha, en amortizaciones mensuales de a cien pesos y sus inte-

reses sobre los saldos; en caso de demora se obligó a pagar el interés del uno y medio por ciento y una multa de doscientos pesos por el simple retardo. Para seguridad de la obligación contraída, el deudor dio como fiadores solidarios a los señores Manuel María Navarrete y Rodolfo Rosero, y la negociación se hizo constar en pagaré que lleva la fecha antes indicada, que firmaron los fiadores y Artemio E. Burbano en su propio nombre y como mandatario de Abigaíl Burbano conforme a la escritura citada, según se hizo constar expresamente.

Como la obligación relacionada no fuera satisfecha en los términos indicados, el acreedor Gálvez instauró juicio ejecutivo en el Juzgado 1º del Circuito de Pasto, contra los deudores Artemio y Abigaíl Burbano y sus fiadores Navarrete y Rosero; librado mandamiento ejecutivo y notificados en forma legal los ejecutados, Abigaíl Burbano propuso las excepciones de "inexistencia de la obligación", "nulidad de la misma", y todo hecho en virtud del cual quedara legalmente extinguida aquella si alguna vez existió. Como razón de ellas, alegó el excepcionante, no haber intervenido directamente en el contrato ni haber estado legalmente representado en dicho acto, puesto que, afirma, "si es verdad que Artemio E. Burbano tenía poder general para representarme en ciertos actos, no lo tenía para tomar dineros en su nombre". Sustanciado el incidente, fue resuelto de manera desfavorable para el excepcionante, tanto por el Juzgado del conocimiento como por el Tribunal respectivo, según aparece de las sentencias de fechas diez y siete de julio de mil novecientos treinta y seis y once de febrero de mil novecientos treinta y siete.

Adelantado el juicio por los trámites correspondientes, en sentencia del treinta de julio de mil novecientos treinta y siete se ordenó llevar adelante la ejecución, se dispuso el remate de los bienes embargados y el pago al acreedor conforme al auto ejecutivo. Como entre los bienes trabados se encontraba una casa de propiedad del ejecutado Abigaíl Burbano, éste, para evitar que fuera subastada, consignó en el Juzgado, en dinero efectivo, el valor del crédito perseguido y consiguió, de esta manera, la terminación del proceso. La cantidad consignada fue entregada al acreedor Gálvez, según aparece del recibo suscrito por éste el día 21 de agosto de 1937.

El litigio

..No conforme el citado Abigaíl Burbano con las determinaciones tomadas en el juicio ejecutivo de que se ha hablado, y por virtud de las cuales se vio precisado a pagar una cantidad de dinero que en su concepto no debía, propuso demanda ordinaria ante el Juzgado 1º del Circuito de Pasto contra el señor Carlos Melo Gálvez, para que previos los trámites de rigor, en sentencia definitiva se decretara lo siguiente:

"Primero. La revisión del mandamiento ejecutivo dictado por el señor Juez 1º de este Circuito con fecha dos de julio de mil novecientos treinta y cuatro, y de las sentencias de diez y siete de julio de mil novecientos treinta y seis, proferida por el mismo Juzgado, de once de febrero de mil novecientos treinta y siete dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de lo Civil, y de treinta de junio de 1937, dictada por el ya citado Juzgado 1º del Circuito en la demanda ejecutiva iniciada en libelo del 10 de abril de 1934, y propuesta por el señor Carlos Melo Gálvez contra mí y los señores Artemio Burbano, Rodolfo Rosero y Manuel Navarrete, sólo en cuanto estas providencias judiciales se refieren a mi mandante.

"Segundo. Que, como consecuencia de esa revisión, se declare que no estoy obligado a pagar al señor Gálvez la suma de mil pesos oro, los intereses convencionales, a la tasa del uno y medio por ciento mensual, devengados por esa cantidad de dinero desde septiembre de 1933, la suma de doscientos pesos estipulada como multa y las costas del citado juicio ejecutivo, incluyendo honorarios de abocado, de que trata el documento privado de 1º de julio de 1933, suscrito por los señores Artemio E. Burbano, Rodolfo Rosero, Manuel M. Navarrete y en el cual primero firma por mí como mandatario, y compromete mi nombre y responsabilidad civil como obligado al cumplimiento de esas obligaciones a favor del señor Melo Gálvez, obligaciones que se persiguieron en el referido juicio ejecutivo; todo esto, en virtud de que el contrato de mutuo, diz que comercial, que se escribe en el citado documento privado de 1º de julio de 1933, es nulo de nulidad absoluta, en cuanto a mí se refiere, por falta de consentimiento para celebrar ese contrato, que no ha sido ratificado por mí, ni puede tenerse como un acto celebrado por el mandatario Artemio E. Burbano, a mi nombre, en vir-

tud del mandato que conferí a aquél en escritura pública número 210 de 31 de mayo de 1930, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, nulidad que demando expresamente.

"Tercero. Que en virtud de la anterior declaración, el señor Carlos Melo Gálvez está obligado a restituírme, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de mil ochocientos diez cuarenta oro más los intereses legales devengados por esa cantidad de dinero desde el 7 de diciembre de 1934, suma que el mencionado señor Gálvez recibió de mí en el Juzgado 1º del Circuito por causa de esa ejecución y con base de ese contrato y documento citado de 1º de julio de 1933, de que antes he hablado, más las costas del presente juicio si se opone a la revisión y declaraciones demandadas".

Corrido el traslado de regla, el demandado contestó contradiciendo en todas sus partes la demanda y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Pidió, además, que el demandado fuera condenado en costas por su temeridad manifiesta, y propuso la excepción perentoria de "Prescripción de la Acción".

Sentencias de primero y segundo grado.

Adelantado el juicio por los trámites de la ley, le puso fin el Juzgado del Circuito a la primera instancia en sentencia de fecha primero de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, declarando, que son revisables las providencias dictadas en el juicio ejecutivo antes relacionado, materia de la demanda, y además, nulas, de nulidad absoluta, tales providencias; que, como consecuencia, el demandante Abigaíl Burbano no está obligado a pagar al demandado Carlos Melo Gálvez la suma de mil pesos, los intereses estipulados en el documento de 1º de julio de 1933, la suma de doscientos pesos prevista como multa, las costas del juicio, ni los honorarios del abogado estipulados en el documento antedicho; en consecuencia dispuso que Melo Gálvez debe reintegrar a Abigaíl Burbano la suma de mil ochocientos diez pesos con cuarenta centavos moneda legal y los intereses legales de esa cantidad a contar del siete de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro hasta el día del pago, sumas que deberán ser canceladas al demandante por el demandado en el término de tres días después de ejecutoriada la sentencia. En relación con las costas procesales se dijo que eran comunes.

Como no conformara este proveído a las partes, subieron los autos al Tribunal Superior de Pasto en grado de apelación, entidad que previo el trámite legal correspondiente, en sentencia de fecha dos de febrero del corriente año, profirió:

"1º Revísanse las sentencias de excepciones de veintisiete de julio de mil novecientos treinta y seis del Juzgado 1º del Circuito de Pasto y de once de febrero de mil novecientos treinta y siete del Tribunal Superior de Pasto, así como la sentencia de pregón y remate de treinta de julio de mil novecientos treinta y siete del Juzgado 1º del Circuito de Pasto, pronunciadas dentro del juicio ejecutivo que en el referido Juzgado propusiera el diez de abril de mil novecientos treinta y cuatro el señor Carlos Melo Gálvez contra los señores Abigaíl Burbano, Artemio E. Burbano, Rodolfo Rosero y Manuel M. Navarrete, pero únicamente en cuanto esas providencias judiciales se refieren al señor Abigaíl Burbano.

"2º En consecuencia, declárase que Abigaíl Burbano no está obligado a pagar a Carlos Melo Gálvez la cantidad de mil pesos en forma y términos contenidos en el pagaré de 1º de julio de 1933 suscrito por Artemio E. Burbano a favor de Carlos Melo Gálvez.

"3º Es nulo, con nulidad absoluta, el contrato de mutuo escrito en el pagaré de primero de julio de mil novecientos treinta y tres, suscrito por Artemio E. Burbano a favor de Carlos Melo Gálvez, pero sólo en cuanto se refiere al deudor Abigaíl Burbano.

"4º Declárase que Carlos Melo Gálvez está obligado a restituír a Abigaíl Burbano tres días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad líquida de mil ochocientos diez pesos con cuarenta centavos ($ 1.810.40) más los intereses legales liquidados desde el 27 de mayo de 1938, fecha en que contestó la demanda el señor Melo Gálvez.

"5º No hay lugar a hacer las demás declaraciones suplicadas en la demanda ni a declarar la excepción de prescripción alegada por los demandados.

"6º Las costas del juicio son comunes a las partes, y

"7º En los términos anteriores queda reformada la sentencia de primero de diciembre de mil novecientos treinta y ocho pronunciada por el Juzgado 2º civil del Circuito de Pasto".

Contra la anterior sentencia se interpuso oportunamente por el demandado Melo Gálvez el recurso extraordinario de casación, que legalmente admitido y tra-

mitado se decide hoy, ya que nada impide el pronunciamiento de la Corte.

Fundamentos de la sentencia acusada.

La base fundamental de la sentencia acusada se informa en los siguientes razonamientos, que se trascriben, por cuanto en ellos se consignan los puntos en que el fallo es objeto del recurso. Dice el Tribunal:

"El 1º de julio de 1933 los señores Artemio E. Burbano y Carlos Melo Gálvez celebraron un contrato de mutuo comercial, por mil pesos, con un año de plazo, con interés del uno y cuarto por ciento mensual, pagaderos, capital e intereses, en contados de amortización gradual que se cubrirían dentro de los veinte primeros días de cada mes, a partir de septiembre de 1933 con especialidad de que la falta de pago de una de las cuotas daría derecho al acreedor para dar por vencido el plazo y proceder al cobro, con las consiguientes costas judiciales y un veinte por ciento más como honorarios del abogado, reconociendo, en fin, un interés moratorio del uno y medio por ciento mensual y una multa de doscientos pesos. Consta en el pagaré que los señores Abigaíl y Artemio E. Burbano se obligaron como codeudores solidarios, y que los señores Rosero y Navarrete, concurrieron como fiadores solidarios.

"El señor Abigaíl Burbano no concurrió, por lo menos no hay constancia de ello, a las operaciones de la época precontractual. Tampoco firmó el pagaré, sino que Artemio E. Burbano, usando del poder conferido en la escritura número 210 de 31 de mayo de 1930 contrató a su nombre y autorizó la obligación como mandatario de Abigaíl.

"Existe verdadera discrepancia entre las partes del presente juicio para interpretar el papel que Abigaíl Burbano hubiera desempeñado en el contrato. El demandante sostiene que Artemio Burbano contrató en su propio nombre sin comprometer para nada la persona o el patrimonio de Abigaíl Burbano, porque éste no dio su consentimiento, no pudo manifestar su voluntad, ni tampoco ha ratificado posteriormente la operación, ni el mandatario podía obligarlo a terceros por cuanto la procuración no lo había autorizado para comprometer al mandante como deudor de una suma de dinero. Sostiene el demandado que Artemio E. Burbano contrató en su propio nombre y en el del mandante Abigaíl Burbano, a quien obligó solidariamente en ejercicio del poder general que, como consecuencia de las atribuciones de enajenar e hipotecar los bienes del mandante le confería también para recibir dineros en mutuo. Al ser requerido de pago, Abigaíl Burbano manifestó que nada debía por concepto del contrato de mutuo, en el cual no había intervenido".

Y explica el Tribunal: "El mandante autorizó al mandatario 'para que pueda vender, hipotecar, y hacer cualquier transacción con alguno o algunos o con el total de los bienes del exponente, ya sean muebles o inmuebles, facultándolo para celebrar y firmar las correspondientes escrituras, cancelar las de hipoteca, recibir los valores, y en general, para que asuma la personería del exponente, siempre que lo estime conveniente, de manera que en ningún caso quede sin representación en negocios que le interesen ya se refieran a actos dispositivos o meramente administrativos, o judiciales, pudiendo además dar linderos, posesionar a los compradores y hacer todo cuanto pudieran hacer el exponente personalmente'. Fueron los términos de esta cláusula los que llevaron al Juzgado y al Tribunal a pronunciar las sentencias del diez y siete de julio de 1936 y once de febrero de 1937, por las cuales declararon que no estaban probadas las excepciones que Abigaíl Burbano presentó dentro del juicio ejecutivo seguido por Carlos Melo Gálvez".

Al estudiar esta cláusula y al relacionarla con el contenido de todo el poder, concluye el Tribunal, que como el mandatario Artemio E. Burbano no fue autorizado, de manera especial y expresa, para tomar dineros a interés por cuenta y riesgo del demandante Abigaíl Burbano, "es evidente que no pudo contratar como lo hizo para constituírse deudor de la suma de dos mil pesos a su propio nombre y al del mandante", porque, "se trata de un mandato representativo para el ejercicio de muchos actos jurídicos conferido en interés del mandante únicamente, redactado en términos generales, pero limitado en cuanto a facultades dispositivas a los bienes del mandante, y en el que no se confirió al mandatario la facultad especial y expresa de tomar dineros a interés para el mandante ya que esta facultad no puede residir, deducirse, o considerarse tácitamente otorgada en las de hipotecar, o enajenar los bienes del mandante".

Lo que sucedió, termina el Tribunal,

"fue que Artemio E. Burbano quedó obligado personalmente para con el tercero Carlos Melo Gálvez por fuerza del numeral segundo del artículo 2180 del C. C.; además, es muy significativo el hecho de que los mil pesos del mutuo, o por lo menos una cuota parte, no hubieran sido aplicados en beneficio de un negocio del mandante o que hubieran ingresado a su patrimonio. Al contrario, esos dineros fueron recibidos por Artemio E. Burbano".

Estudia luégo el Tribunal el contrato de mutuo, para definir si en relación con el mandante, resulta afectado de nulidad, y en tal caso si absoluta o relativa, y dice: "Para que la declaración de voluntad obligue a una persona, el artículo 1502 del C. C. exige cuatro cosas: capacidad, consentimiento que no adolezca de vicio, objeto lícito y causa lícita. La causa debe ser, además, real, según el artículo 1524. En cuanto a los actos ejecutados por medio de representante, el artículo 1505 del C. C. exige que esté debidamente facultado para que la obligación produzca efectos para los obligados. Y aun cuando el artículo 1506 permite la estipulación por otro, careciendo de poder para representarlo, sólo producen efectos las obligaciones en las que se manifiesta la aceptación expresamente o se ejecutan los hechos prometidos.

"Estima el Tribunal que en el contrato de mutuo del 1º de julio de 1933, no solamente está viciado el consentimiento para obligarse en relación con Abigaíl Burbano, sino que el consentimiento no existe, y que por consiguiente, la declaración contraída para él por Artemio E. Burbano en favor de Carlos Melo Gálvez, no puede obligarlo sino en virtud de su ratificación expresa o tácita. No existiendo consentimiento por parte de Abigaíl Burbano, falta el segundo de los elementos requeridos por el artículo 1502 del C. C. y la obligación que no alcanzó a nacer, tiene que ser absolutamente nula".

El recurso.

El recurrente formula así la acusación a la sentencia:

"Acuso la sentencia por estar afectada con la primera causal de casación que señala el artículo 520 del C. de P. C., es decir, por ser violatoria de la ley sustantiva, tanto por violación directa como por errónea interpretación e indebida aplicación de ésta al caso del pleito, y porque la Sala hizo en ella mala apreciación de pruebas, incurriendo al hacerlo en error de derecho y en error de hecho que aparece de modo evidente en los autos". Señala como quebrantadas por el Tribunal las disposiciones de los artículos 2142, 2146, 2149, 2156, 2158, 2177, 1502, 1508, 1512, 1524, 1740, 1741, 1743, 2183, 665, 666, 1746, 2313, todos del Código Civil. Como pruebas interpretadas erróneamente —error de derecho— las copias tomadas del juicio ejecutivo materia de la revisión y de este trámite ordinario. Se alega también como motivo de casación, la circunstancia de haber incurrido el Tribunal en error, al hacer la liquidación correspondiente a la suma que se ordena pagar al demandante.

La causal alegada, la expone en varios capítulos destinados a precisar los cargos que a continuación se estudian. Por lo que hace a las disposiciones que cita al decir del recurrente, fueron aplicadas unas indebidamente, y otras dejadas de tenerse en cuenta, siendo pertinentes a la materia debatida.

Estudio de los cargos

Primer cargo:

El Tribunal violó, dice el recurrente, los artículos 2142, 2146, 2149, 2156, 2158 y 2178 del Código Civil, porque, "Bajo ningún pretexto podía llegar la Sala Civil del Tribunal de Pasto a la conclusión de que como Abigaíl Burbano no le dio poder a su hijo Artemio E. Burbano para adquirir dinero a título de mutuo, éste al contratar conmigo incurrió en un abuso que no obligaba al primero, en cuyo caso no me debía nada, el contrato de mutuo era absolutamente nulo para él por falta de consentimiento y de causa y había de restituírle los mil ochocientos pesos cobrados, con intereses al seis por ciento anual desde el veintisiete de mayo de mil novecientos treinta y ocho. Aun habiendo abuso de parte del mandatario, que desde luego no lo hubo, ya que sí tuvo facultad amplia y suficiente para adquirir dineros a mutuo, la Sala estaba en el deber legal y moral de reconocer que Abigaíl Burbano quedó personalmente obligado para conmigo, que el contrato de mutuo de 1º de julio de 1933 no quedó resentido de ninguna nulidad, que el pago de los $ 1.810.40 fue legítimo, que por lo mismo no podía ordenar su restitución y menos decretar la revisión de las sentencias de excepciones y la de pregón y remate que recayeron en mi procedimiento ejecutivo contra los obligados".

Y concretando dice el autor en el recurso, que el mandatario de Abigaíl Burbano sí está facultado para tomar a nombre de éste, dinero en mutuo, y obligarlo personalmente al tenor del contrato que firmara, porque: "Si el mandatario podía enajenar todos los bienes del mandante, adquirir para éste cuanto pudiese, gravar con hipoteca los presentes y futuros, administrarlos con entera libertad, etc., no se ve cómo era que no podía cosas de infinita menor importancia tales como tomar dinero a mutuo; y porque, si el mandante dio al mandatario poder especial y expreso para adquirir bienes muebles a título oneroso, sin salvedad, al tomar el mandatario dinero en mutuo por cuenta y a nombre de su poderdante, no hizo sino adquirir un bien, no otro que el propio dinero del contrato". La tesis la sostiene así:

"¿Qué hace la persona que toma mil pesos a mutuo? Adquirir esos mil pesos a título oneroso. Sin disputa que al vencimiento del plazo tiene que restituír otra suma "del mismo género y calidad". Pero la que recibe. la adquiere, porque el mutuo, a fuer de contrato real. es por esencia un contrato traslaticio de dominio. Quiere esto decir, que el mandatario sí recibió poder expreso del mandante para tomar dinero a mutuo, pues lo tuvo para adquirir bienes muebles a cualquier título oneroso y el mutuo es un contrato que hace adquirir bienes muebles a título oneroso. A esto ha de sumarse, que el poder conferido a una persona para que empeñe una cosa, como una joya, o hipoteque un inmueble, como una hacienda, no habiendo más advertencias constituye una autorización suficiente para pedir dinero sobre esa joya o esa hacienda, obvio como es que el poder para hacer una cosa implica la consecución de los medios para realizarla. ¿Y cuándo podía el mandatario Burbano constituír hipoteca sobre los bienes de su padre y mandante el señor Abigaíl Burbano? En una sola hipótesis: si tomaba dinero a mutuo, pues sin ello cómo los hipotecaba?...."

Considera la Corte:

El Tribunal para imponer su fallo, estudió detenidamente el contenido del instrumento público número 210 de 31 de mayo de 1930 de la Notaría de Pasto, contentivo del poder que Abigaíl Burbano confirió a Artemio E. Burbano para que en su representación y nombre pudiera obligarse y contratar: y como hallara que el apoderado que fue quien suscribió el documento de préstamo no estaba facultado para celebrar dicho contrato, estimó que el mandante no había quedado obligado por dicho acto de su apoderado, "porque, es evidente que no pudo contratar como lo hizo con Carlos Melo Gálvez para constituírse deudor de la suma de mil pesos a su propio nombre y al del mandante". En consecuencia, ordenó en su fallo, que Melo Gálvez devolviera al demandante Abigaíl Burbano lo que éste le había dado con imputación a un pago pero sin sujeción a relación o vínculo jurídico que lo obligara a ello. Y la Sala faltadora tomó para fundamento de la sentencia las disposiciones de los artículos 2158, 2167, 2169, y 2171, pues dice: "Estas disposiciones no dejan la menor duda en cuanto a la facultad especial y expresa que debe contener la procuración, para que el mandatario pueda tomar dineros a préstamo por cuenta y riesgo del mandante".

Entre las disposiciones sustantivas que dice el recurrente violó el Tribunal. cita aquella Sala solamente la del artículo 2158 del Código Civil, que enseña que el mandato no confiere naturalmente al mandatario. más que el poder de efectuar los actos de administración, pagar las deudas, cobrar los créditos, intentar las acciones judiciales que interesen al mandante, todo dentro del giro administrativo ordinario, reparar las cosas que administra, comprar los materiales para el desarrollo de las industrias del mandante, etc., pues: "Para todos los demás actos que salgan de estos límites necesita el apoderado de mandato especial".

En presencia del contenido claro de esta norma legal, es incuestionable que precisa poder o facultad especial en un mandatario para que éste pueda tomar dinero en mutuo por cuenta del mandante. Ahora, si el poder copiado atrás no comprende a favor del mandatario esta facultad, la conclusión del Tribunal no podía ser otra sino la legal que trae el fallo y que se ha venido comentando. Para la Corte, ha sido siempre inobjetable que la disposición del artículo 2158 no está sujeta a interpretación, en cuanto que un mandatario necesita poder o facultad especial para tomar dinero en mutuo por cuenta de su mandante. Son doctrinas de la Corte estas: "Si en un poder se confiere facultad al mandatario para hipotecar, y él, además de gravar con hipoteca un inmueble del mandante lo obliga personalmente, será válida la obligación real pero no la personal". "Un poder general para negocios le basta por sí solo al

apoderado para llevar a cabo los actos administrativos; pero no lo faculta para los dispositivos, salvo que en dicho poder se le otorgue autorización expresa para ejecutar determinada clase de actos, como vender, hipotecar, tomar dinero en mutuo, etc." "La facultad de hipotecar, comprar, vender bienes raíces, no implica la de tomar dinero en mutuo". El Tribunal en consecuencia aplicó rectamente el artículo 2158 del Código Civil.

Las otras disposiciones que se estiman violadas, el artículo 2142 que trae la definición del contrato de mandato; el 2146, que dice, que si el negocio interesa juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a cualquiera de estos dos, o a ambos y un tercero, o a un tercero exclusivamente, hay verdadero mandato; el 2142, que enseña cómo puede conferirse el encargo que es objeto del mandato; el 2156, que explica cuándo el mandato es especial y cuándo debe estimarse como general; y por último, el 2177 que dice que el mandatario puede contratar a nombre del mandante o en el suyo propio, caso éste en que no obliga al mandante, no pudieron violarse en forma alguna por la Sala falladora, ya que la decisión que trae la sentencia viene fundada únicamente, se repite, en las otras citadas, y que dieron margen al Tribunal para resolver, que para contratar a nombre de otro un préstamo, ha menester el apoderado de facultad especial que lo autorice expresamente.

Si quisiera argüirse, que el Tribunal ha debido dar aplicación a las disposiciones legales que enumera el cargo, debe decirse, en primer lugar, que estas normas sólo traen nociones de orden teórico general, como que enseñan lo que es mandato, cuándo debe entenderse general, cuándo especial, en qué forma debe venir constituído; y explica la última, que cuando el mandatario contrata en su propio nombre no obliga al mandante. De otro lado, debe advertirse que el Tribunal las aplicó en cuanto correspondía, por cuanto al dar la definición del contrato de mandato explicó detenidamente las diferencias entre la procuraduría especial y la general e hizo los demás distingos que echa de menos el actor de este recurso extraordinario.

Pero volviendo a los fundamentos del recurso se observa:

Ciertamente, el mandatario Burbano recibió de su mandante la facultad de enajenar sus bienes muebles o inmuebles, así como la de adquirir todos los que estimara conveniente a título oneroso; mas de aquí no se deduce que hubiera recibido poder para obligarlo personalmente, entre otras razones, porque el mandato no se presume, a no ser para las operaciones indicadas en el artículo 2158 del C. C.; y porque, como el desarrollo del mandato tiene que estar limitado al objeto del encargo, claro que al recibirse poder para adquirir o vender, queda precisada y limitada la actividad del apoderado a la adquisición o disposición de bienes; mientras que, si el poder es para obligar personalmente, siendo ilimitada esta actividad es necesario que el mandato se circunscriba a los fines que quiera y necesita el poderdante, a menos que deliberadamente se otorgue sin limitación alguna, autorizando por ejemplo al mandatario para tomar dinero a interés sin consideración al rol administrativo de su negocio y sin fijar cuantía. Por lo demás, como lo dice el opositor doctor Víctor Cock, "la necesidad de un mandato especial y expreso para celebrar el contrato de mutuo no corresponde a una concepción novísima del Tribunal. Si hay algún contrato que requiera para su celebración de tal poder especial es el de mutuo dada su peligrosidad para la economía del poderdante y de acuerdo con nociones jurídicas claramente fundadas".

Pero hay algo más: cuando las facultades del apoderado están determinadas en forma clara y precisa en el poder, como ocurre en el presente caso, a esas normas legales debe sujetarse el mandatario si aspira a interpretar fielmente la voluntad de su representado y a vincular su responsabilidad civil para el cumplimiento de las prestaciones contraídas en su nombre. La Corte tiene establecido, a este particular, en desarrollo claro de principios legales, que "si el mandatario ha excedido los límites del mandato, no puede considerarse como representante de su mandante sino como un tercero, porque la voluntad del mandante no actúa sino dentro de los límites de la representación; cuando hay extralimitación de funciones ya no se está en capacidad de obligar al mandante". (Casación, Tomo 46, número 1934, abril 22 de 1938).

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo de violación de las disposiciones legales ya indicadas.

Segundo cargo:

En otra parte de su fallo estimó el Tribunal, y así lo declaró, que el contrato de

mutuo celebrado entre Artemio Burbano como apoderado de Abigaíl Burbano y Carlos Melo Gálvez estaba afectado de nulidad absoluta. Y esta decisión la ataca el recurrente en casación, porque para llegar a ella, dice, se consumó o hubo quebranto de los arts. 1502, 1508, 1512, 1524, 1740, 1741, 1743 y 2186 del Código Civil.

El Tribunal, se repite, dedujo que el contrato de mutuo cuestionado estaba afectado de nulidad absoluta en la parte en que aparecía obligado Abigaíl Burbano porque estimó, que este señor no había prestado su consentimiento para obligarse, en forma directa o personal y menos por conducto de apoderado, ya que, si ciertamente, Artemio Burbano dijo obligarse a su nombre, lo hizo sin facultad o delegación suya, aunque pretextando un mandato nunca concedido. Y agrega: "No existiendo consentimiento por parte de Abigaíl Burbano, falta el segundo de los elementos requeridos por el artículo 1502 del Código Civil, y la obligación, que no alcanzó a nacer, tiene que ser absolutamente nula".

Ya se vio atrás, cómo y porqué razón, es hecho cierto, el consistente en que el mandatario de Burbano, Artemio, que fue quien contrató el mutuo, no estaba facultado para hacerlo a nombre de quien le había conferido mandato, pero para otros fines especialmente determinados. Siendo así, es inobjetable también, que si bien medió el consentimiento del apoderado, este resultado nada reza con el poderdante porque éste sólo viene a quedar obligado por actos de su mandatario cuando la gestión se desarrolla dentro de las facultades concedidas, dentro de los límites del mandato mismo. La Corte tiene establecido, y sea la oportunidad de ratificarlo nuevamente, "que si el mandatario excede los límites del poder no hay convención para el mandante, ni el mandatario queda obligado con su poderdante porque no ha contratado en su nombre, ni personalmente con los terceros; ni con éstos se ha obligado el mandante, porque el mandatario no tenía facultad de representarlo". Y ha de ser así, porque en el acto ejecutado a nombre de otro, si ocurre que el representante es quien materialmente ejecuta el acto, sus efectos se producen para el representado, simpre que la relación jurídica se haya realizado como resultado de la voluntad delegada de la persona que se dice representar.

De manera, que si en el presente caso, no hubo consentimiento del mandante, merced a la extralimitación de funciones del mandatario, la obligación para él tenía que ser nula, pero no absolutamente como lo dice el Tribunal, sino simplemente afecta de nulidad relativa, en razón de no ser de las comprendidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1741 del C. C. Por lo demás, son múltiples las jurisprudencias de la Corte que han establecido que la nulidad del acto producido por extralimitación de funciones del mandatario es siempre relativa.

Volviendo a las disposiciones que dice el recurrente violó el Tribunal, se observa: Los artículos 1502, 1508, 1512 y 1524 enseñan, el primero, cuáles son los factores esenciales a la viabilidad de todo acto o declaración de voluntad para que las resultantes jurídicas produzcan obligaciones, y señala entre otros, como indispensable o especial "que la persona consienta en dicho acto o declaración". El 1508, indica cuáles son los vicios de que puede adolecer el consentimiento. El 1512, cuándo el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar da vicio al consentimiento. Y el 1524, establece que no puede haber obligación sin una causa real y lícita.

No da el recurrente las razones que fundamentan la acusación que hace en este aparte, y que lo llevan a deducir quebranto de las tres normas últimas acabadas de citar; dice simplemente: "Como el Tribunal en vez de absolver declaró que Abigaíl Burbano no estaba obligado a pagarme la cantidad de ..... resulta que la sentencia es violatoria de ley sustantiva pues viola por interpretación errónea, aplicación indebida e infracción directa los artículos indicados del Código Civil. Por lo demás, no ve la Corte por qué precisa la aplicación de estas disposiciones de la ley, si en nada relacionan con el caso en cuestión. Las marcadas con los números 1740, 1741 y 1743 del Código Civil, que dan el concepto de nulidad, y explican su división en absoluta y relativa, como atrás se vio, fueron interpretadas erróneamente por el Tribunal, por haber calificado de absoluta la nulidad del contrato de mutuo en lo referente al mandatario Abigaíl. En esta virtud, comprobado el cargo se impone infirmar parcialmente el fallo recurrido para hacer en la parte resolutiva la rectificación de rigor, ya que por lo demás, halla la Corte legal la decisión condenatoria contenida en la sentencia materia del recurso.

Tercer cargo

La acusación se hace consistir en que el Tribunal interpretó erróneamente — con error de derecho — las copias agregadas a autos y tomadas del juicio ejecutivo, razón de este ordinario, por haber sido expedidas sin citación de la parte contraria. Sostengo, dice el recurrente, "que las copias de un proceso expedidas sin citación de la parte contraria para que ésta pueda ejercitar el derecho que la ley le reconoce, de pedir que se agreguen a ellas las piezas que designe, no hacen plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos, porque la copia que debió ser expedida prévia formal citación de la parte contraria se expide sin ella, no se expide formalmente, pues se infringe el artículo 361 del C. J. y se viola el derecho de aquella parte".

Es suficiente a rechazar el cargo las consideraciones que el opositor formula en su alegato cuando dice: "Basta tener en cuenta que el objeto de la citación de la parte contraria cuando se trata de solicitud de expedición de copias es el de que dicha parte contraria tenga oportunidad de solicitar que se agreguen a tales copias las piezas que ella designe;

"Conocida la finalidad de la citación, y sabiendo, además, que las copias referidas fueron presentadas con la demanda en este juicio, es decir, en un juicio plenario en el cual tuvo el opositor oportunidad amplísima para hacer venir las pruebas que él quisiera hacer agregar a las presentadas, carece de seriedad pretender que puedan ser desestimadas tales pruebas.

"Esto aparte de que, como lo dijo el Tribunal, "además el propio demandado, por intermedio de su apoderado, presentó el memorial de 7 de junio de 1938 (folio 1º del cuaderno número 3) en el cual solicitó que se tuvieran como pruebas todas las copias que el demandante había presentado con la demanda entre los cuales estaba el pagaré de primero de julio, el auto de mandamiento ejecutivo y las sentencias de excepciones".

A esto debe agregarse, y es la principal razón, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 362 del C. J. el demandante estaba plenamente autorizado para pedir la copia a que hace referencia este cargo, y el Juzgado a su turno tenía la obligación de expedírsela de plano.

Cuarto cargo

Finalmente, se acusa la sentencia por error de hecho, consistente en que "el señor Juez 1º del Circuito de Pasto sólo me pagó con dinero de Abigaíl Burbano, la suma de mil ochocientos dos pesos. El excedente de ocho pesos cuarenta centavos que si lo recibí, fue del ejecutado Rodolfo Rosero, a quien logré hacerle embargar la quinta parte de un sueldo oficial que por entonces ganaba.

Se considera:

El fin principal del recurso de casación es el de unificar la jurisprudencia nacional, y su efecto procede para reparar los agravios inferidos a las partes, cuando las sentencias de los Tribunales son violatorias de disposiciones legales sustantivas, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea; cuando la violación es el resultado de la falta de apreciación de pruebas o de su indebida calificación, o cuando ocurre otro de los eventos señalados en los distintos numerales del artículo 520 del Código Judicial.

Si los errores de procedimiento no son susceptibles de este recurso, en razón de que la Corte de Casación no puede ocuparse de cuestiones relacionadas con defectos procedimentales ocurridos en las instancias del juicio y no alegados en la oportunidad debida, antes de fallarse el juicio, con mayor motivo, no puede pasar a entender de simples errores aritméticos, tanto más, cuanto que el procedimiento indicado por la ley para la corrección de un error de esta clase es el previsto por el artículo 483 del C. J. Por eso, con razón advierte el opositor que, "en verdad, en caso de existir el error ha debido pedirse su corrección ante el Tribunal en calidad de simple error numérico. Pero el recurrente tuvo la peregrina ocurrencia de creer que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia está instituída para corregir errores de este linaje".

Se rechaza por improcedente el cargo.

Todas las consideraciones que anteceden, como se advirtió en el curso de este fallo, no producen otro efecto que rectificar la equivocación doctrinaria en que incurre la sentencia acusada, por lo que hace a la calificación de la nulidad pedida en la demanda; sin embargo, como a pesar de esa enmienda de doctrina, la solu-

ción del litigio por lo demás es la misma de las dos instancias, la sentencia no puede ser infirmada completamente.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha dos de febrero del corriente año, que ha sido materia de este recurso, en cuanto considera nulo absolutamente el contrato de mutuo de que da cuenta el documento privado de fecha primero de julio de mil novecientos treinta y tres, en lo que refiere a Abigaíl Burbano, y al hacer la declaración de nulidad relativa que es la que corresponde, deja vigente ese fallo en todo lo demás.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

PERSONERIAS SUSTA NTIVA Y ADJETIVA

La personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe, por tanto, ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva, puede ocasionar una excepción dilatoria que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo pronunciamiento. Y, como lo tiene dicho la Corte, en razón de elementales nociones de procedimiento, "ni la carencia de personería sustantiva, ni la petición de modo indebido constituyen excepciones porque no tocan con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, diciembre tres de mil novecientos cuarenta.

(Ponente: Magistrado Dr. Daniel Anzola).

La señora Evangelina Amar v. de Cifuentes, compró a Vicente Amaya por escritura número 224 de 3 de abril del año de 1930, de la Notaría de Zipaquirá, los derechos y acciones que a éste le correspondían en la sucesión de Sixto Amar, derechos que luégo transfirió a Antonio Amar por medio de la escritura pública número 451 de 13 de julio del año de 1930 de la Notaría segunda de la ciudad de Tunja. Más tarde, esta misma señora, por instrumento público número 2006 de 28 de octubre de 1931, dijo vender los derechos y acciones materia de la venta anterior, al señor Carlos A. Cifuentes, quien con esta personería, en memorial presentado al Juzgado 3º del Circuito de la misma ciudad, demandó a Antonio Amar, para que con su citación y audiencia, se declarara, que el contrato número 451 celebrado entre él y la señora viuda de Cifuentes, "es nulo de nulidad absoluta, por pecar dicho contrato contra expresas disposiciones legales"; pidió igualmente se hicieran por el Juzgado las declaraciones consecuenciales a esta declaración. En subsidio solicitó, la resolución del mismo contrato y las demás condenas accesorias.

Sentencias de primero y segundo grado

El demandado contestó la demanda, y dijo: "Niego y desconozco la personería y el derecho que el demandante dice tener para iniciar esta acción porque el contrato cuya nulidad solicita es legal y efectivo en todas sus partes". El Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia, con su sentencia de fecha diez y nueve de noviembre del año de mil novecientos treinta y cinco, resolviendo "abstenerse de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda". Por recurso de apelación interpuesto por la parte actora llegaron los autos al Tribunal Superior de Tunja, entidad que previo el trámite legal correspondiente a la segunda instancia con fecha dos de abril de mil novecientos cuarenta, profirió:

"Revócase la sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y cinco proferida por el señor Juez 3º del Circuito de Tunja, y en su lugar falla:

"Desestímase la demanda de siete de abril de mil novecientos treinta y dos, promovida por Carlos A. Cifuentes contra Antonio Amar, y declárase probada la excepción perentoria de "petición de un modo indebido".

"Sin costas".

Y contra esta sentencia se ha interpuesto por la parte vencida, que es la demandante, el recurso de casación que va la Corte a resolver.

Fundamentos de la sentencia acusada

El Tribunal, en su fallo, declaró probada la excepción perentoria "Petición de un modo indebido", y para imponer su decisión, hizo el siguiente razonamiento:

"Cuando se trata de establecer la inexistencia, la resolución o la nulidad de un contrato, la demanda que persiga tales fines debe dirigirse necesariamente contra los contratantes, pues siendo aquél una fuente de obligaciones, que nacen "del concurso real de las voluntades de dos o

más personas", artículo 1494 del Código Civil, no podría invalidarse, resolverse, ni declararse su simulación sin que hayan sido citadas al juicio las personas que tienen derecho a defenderlo por haber concurrido a darle existencia, real o aparente".

Luégo de varias citas pertinentes de jurisprudencia de esta Corte, concluye: "En el presente caso la demanda fue dirigida únicamente contra uno de los contratantes, el señor Antonio Amar. Fue formulada, según lo expuesto, de un modo indebido, y por ello habrá de reconocerse en este fallo la existencia de esa excepción perentoria sin necesidad de que el sentenciador entre a estudiar el fondo de la cuestión debatida, lo cual sólo es pertinente cuando la acción se dirige en forma legal".

El recurso

Alega el recurrente, la causal sexta de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, por "haberse incurrido en la secuela del juicio en una causal de nulidad de las enumeradas en el artículo 448 del C. J., y sin embargo de ello y sin haberse saneado la nulidad, dictado sentencia en el pleito".

Y sostiene así el cargo el recurrente: "El demandado al contestar la demanda, dijo en su segundo párrafo: "Niego y desconozco la personería y el derecho que el demandante dice tener para iniciar esta acción". Razonando la expresión transcrita, se concibe que ella constituye lo que el artículo 330 del Código Judicial en su numeral segundo denomina "Excepción de Ilegitimidad de personería sustantiva en el demandante", señor Carlos A. Cifuentes, excepción que al ser propuesta ha debido someterse rigurosamente a lo prescrito por los artículos 335 y en concordancia con los 340 y 395 del mismo Código y fallarse tal articulación de preferencia para saber jurídicamente si la personería impugnada por el demandado tenía fundamento y si era legal y si por el contrario el actor carecía de ella ..... Una vez que se interpuso la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, sin que se le diera la tramitación legal que para dicho incidente establece el artículo 330 del C. J. en su numeral 2º, y las demás disposiciones a que hago referencia en la primera parte de este memorial, el H. Tribunal de Tunja ha violado tales disposiciones legales.

Como disposiciones quebrantadas por el fallo del Tribunal, cita el recurrente, las de los artículos 330, 335, 340, 395, 455, 448, todas del Código Judicial.

Considera la Corte

Las dos clases de personería — la sustantiva y la adjetiva — tienen muy diverso origen en su estructura jurídica, y diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo discutido, y la segunda mira a una cuestión rituaria como es la representación en juicio. La personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe por tanto ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva, puede ocasionar una excepción dilatoria que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia, da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento. Mas, como en el presente caso sucediera, que el demandado negó al actor el derecho para ejercitar la acción de autos, desconociéndole con ello la personería sustantiva como claramente lo afirmó, con tal declaración no hubo de proponer dilatoria de ninguna clase, porque, como lo tiene repetido la Corte, en razón de elementales nociones de procedimiento, "ni la carencia de personería sustantiva, ni la petición de modo indebido constituyen excepciones dilatorias porque no tocan con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo".

Por lo demás, la propia naturaleza adjetiva de las disposiciones que se pretenden violadas, referentes al procedimiento que ha debido seguirse para el trámite de la pretendida excepción dilatoria, hace completamente improcedente e inválido el cargo como motivo de casación, por no referirse a nada sustantivo o de fondo en el pleito, ni siquiera a ocurrencia procedimental capaz de producir nulidad en la actuación. Ya se vio cuáles fueron los fundamentos del fallo que hoy se acusa en casación. El Tribunal no dijo, si en el demandante reside o no la acción pretendida en estos autos; dijo simplemente, que se pidió de un modo indebido, y esta decisión no es la que se ataca en el recurso.

Las razones anteriores son más que suficientes para rechazar el cargo traído en la demanda de casación.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA le sentencia de fecha dos de abril del corriente año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

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.

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaís Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PARA QUE SE DECLARE EL DOMINIO DE UN CREDITO — AUTOS PARA MEJOR PROVEER

1. El auto para mejor proveer no da asidero ni base en casación por haberse dictado u omitido. Es una potestad soberana del sentenciador y corresponde a un estado psíquico de él que sólo a él le es dado apreciar en su conciencia, y no en manera alguna a sugestión, indicación o solicitud de las partes, según el artículo 600 del C. J.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El señor Arturo Posada Ucrós, mediante apoderado, formuló demanda ordinaria contra la sucesión del señor Jorge Salgado Gómez, representada por la señora Ana Lucía Peña de Salgado, como cónyuge supérstite, y por los menores María Cristina, Fernando, Clementina y Jorge Enrique Salgado Peña como herederos **ab intestato**, representados por la misma señora, a fin de obtener las declaraciones que el libelo formula y que adelante se verán aquí, las que el Juzgado 7º Civil de este Circuito negó en sentencia de 16 de diciembre de 1938, confirmada por el Tribunal Superior en la de 26 de abril de 1940, contra la cual el actor interpuso casación, recurso que es llegada la oportunidad de decidir por estar tramitado debidamente.

Los antecedentes, siguiendo el relato del libelo, se resumen así: Posada debía a Salgado una cantidad de dinero, y no pudiendo pagársela en oportunidad, se la aseguró cediéndole en garantía un crédito a cargo de Ernesto González Ponce a favor de José Francisco Muñoz, del que Posada era a la sazón dueño como cesionario de Muñoz y para cuyo cobro se seguía ejecución en el Juzgado 1º Civil de este Circuito. Se convino en que al pagar Posada su deuda a Salgado o, en su defecto a la señora Peña, se cedería a Posada el crédito cedido por éste en garantía. Muerto Salgado, ocurrió ese pago por Posada a la señora, por lo cual ella solicitó dentro del juicio ejecutivo dicho se la autorizara para cederle el crédito contra González Ponce, lo que el Juzgado negó por razones que no viene ahora al caso discriminar. Por otro lado, al inventariar los bienes en la causa mortuoria de Salgado Gómez, abierta en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, se relacionó este crédito como de propiedad del causante. La señora Peña dice que este paso era el obligado, por la circunstancia de aparecer Salgado Gómez como dueño por cesión vigente y también el necesario para obtener ella en la participación la adjudicación de este bien y capacitarse así para hacerle a Posada la cesión deseada por ambos. Pero el abogado de Posada, no sin hacer presente su fe en la honradez de la señora, advierte la incertidumbre de la situación legal de su cliente y la aduce como razón para demandar con el fin de ajustar, mediante sentencia, esa situación a la realidad de los hechos.

De ahí que la demanda solicite en primer lugar la declaración de que el crédito contra González originado en la escritura número 2415 de 19 de diciembre de 1927 ante el Notario 4º de Bogotá, otorgada entre José Francisco Muñoz y José A.Barragán Sandino, de quien es sucesor como deudor dicho González Ponce, crédito cuya efectividad se persigue en la citada ejecución del Juzgado 1º, no pertenece a la sociedad conyugal que con la señora Peña formó Salgado Gómez, ni a la sucesión de este señor, ni puede trasmitirse a sus causahabientes, sino que con todos sus accesorios es propiedad exclusiva de Posada.

Así se condensa la demanda en su súplica primera y principal. En seguida contempla el libelo el evento de que al fallarse este juicio estén liquidadas dichas sociedad conyugal y sucesión y adjudicado este crédito, y se coloca en el supuesto de que el adjudicatario o adjudicatarios no lo hayan enajenado, y en el de que sí lo hayan enajenado antes de llegar el momento de cumplirse la sentencia que se dicte en la presente causa; y pide para tales casos, en su orden, que

los adjudicatarios cedan ese crédito a Posada, y que le paguen el total valor del mismo.

Estas dos súplicas subsidiarias figuran como pedimentos segundo y tercero. Completa la intención de la demanda, como punto cuarto, la solicitud de condenación en costas a los demandados en el evento de oponerse.

La señora Peña de Salgado contestó conviniendo en los hechos de la demanda en lo esencial o básico, como son la calidad de cesión en garantía en la que Posada hizo a Salgado, el pago de Posada a ella y la solicitud al Juez del juicio ejecutivo para que la autorizara a ceder a Posada el crédito, a que se agrega lo antedicho sobre razones para incluir el crédito en el inventario de los bienes relictos de Salgado.

La sentencia del Juzgado 7º, un tanto extensa por obra de la trascripción de la demanda y su respuesta, brevemente aduce su fundamento, que es el de no obrar en el expediente prueba alguna de que exista la sucesión de Salgado, ni de que los demandados como hijos y herederos suyos lo sean, ni de que la señora Peña sea su cónyuge supérstite. De aquí deduce la falta de personería sustantiva de los demandados y, con ella, su decisión formulada en estas palabras en que el Juzgado resuelve: "1º—Negar, como en efecto niega, las peticiones que expresa la demanda que sirve de base al presente juicio, y 2º—Declarar que no hay lugar a condenar en costas".

El Tribunal, encontrando el proceso en idéntica situación al dictar su fallo, confirmó el del Juzgado por las mismas razones, no sin advertir que si ya para entonces habían llegado pruebas encaminadas a llenar el vacío referido, no podía tomarlas en consideración, por no haberse presentado en la oportunidad y forma debidas.

El recurrente aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., porque, ya directamente, ya por virtud de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, aquél manifiesto, violó la sentencia disposiciones sustantivas. Los cargos se detallan en resumen así:

La señora no fue demandada como heredero y sinembargo se la absuelve en esta calidad, que la demanda indica sólo respecto de los hijos; la señora no es legitimaria de su marido; al considerarla y absolverla como tal, la sentencia recurrida, no sólo se aparta de la demanda, sino que viola los artículos 85 y 86 de la ley 153 de 1887 y 1240 del C. C. Viola el 1774 y el 1781, así como el 1795 de éste, al desconocer la sociedad conyugal y cuáles son los bienes que la forman; igualmente viola el 1796 al desconocer que es de cargo de la sociedad la obligación de que aquí se trata, y los artículos 1830 y 1832 a 1834, al negarse a declarar a la sucesión del marido y a la mujer sobreviviente bajo la obligación por ésta misma confesada. De otro lado se quebrantaron los artículos 604 a 609 del C. J., dejando de aplicarlos, a pesar de obrar la confesión de la señora corroborada con sus peticiones en el juicio ejecutivo sobre cesión traídas en copia. Cita el recurrente disposiciones legales sobre hijos legítimos y legitimados y sobre patria potestad de los menores atribuída a la madre a la muerte del padre, para señalarlos como violados por no reconocer el Tribunal esta representación legal en la señora Peña. Y termina invocando el artículo 472 del C. J., para tachar la sentencia como reñida con los fines que esta disposición señala al sentenciador en su misión, no sin haber citado también el artículo 600 de esta obra para censurar acremente al Tribunal el no haber accedido a la solicitud sobre auto para mejor proveer que diese eficacia a los aludidos elementos probatorios que el recurrente presentó con esa petición el 3 de julio de 1939, estando las partes citadas para sentencia desde abril anterior.

Se considera:

La negativa del Juzgado en su fallo de primera instancia consistió en la imposibilidad de estudio de fondo por la falta de esos elementos. El demandante, que podía haberlos presentado **ab initio** u obtenídolos en el término probatorio de primera instancia, ya que ella se cerró sin ellos, habría podido producirlos sencillamente en la segunda. Pero en ésta no se solicitó siquiera términos probatorios; de manera que el debate se cerró con la citación para sentencia en auto de 26 del citado abril, lo que hace ver que cuando vinieron las aludidas pruebas con el memorial de 3 de julio siguiente, ya no era dado a ninguna de las partes introducir válidamente nuevo aporte probatorio.

Quiso introducirlo el actor mediante auto para mejor proveer que en este memorial solicitó y que ahora apunta como motivo de casación por no haberse dictado. Pero el Tribunal, que para juzgar tal o cual punto como oscuro o dudoso no podía deferir a la indicación de las partes, no podía tampoco, menos aún, sustituir

o reemplazar a una de ellas para llenar los vacíos que ella y no el Tribunal podía y debía haber prevenido o llenado.

El auto para mejor proveer no da asidero ni base a cargo en casación por haberse dictado u omitido. Es una potestad soberana del sentenciador y corresponde a un estado psíquico de él que sólo a él le es dado apreciar en su conciencia, y no en manera alguna a sugestión, indicación o solicitud de las partes. Por eso el citado artículo 600 dice: "El Juez o Tribunal que vaya a fallar definitivamente un asunto en segunda instancia puede dictar un auto para mejor proveer con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos".

Por otra parte, el artículo 597 del C. J. dice: "Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: 1º Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas. 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes. 3º Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión. 4º Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad".

Sostiene el recurrente que la confesión de la señora Peña en su respuesta a la demanda inicial hizo innecesaria la apertura a prueba en el Juzgado, por lo cual puede decirse que este trámite sobró; pero al hacerse la distinción obligada que ocurre entre esos hechos y los atinentes al estado civil a que el Tribunal se refiere, se encuentra que, como se ha dicho y repetido, por la falta de comprobación legal de los últimos no pudo entrarse en estudio de fondo.

A haberse podido entrar en éste, precisamente habría tenido que analizarse esa confesión y establecerse su alcance, tanto para la señora misma cuanto respecto de sus codemandados. Y entonces, en tal situación en que el Tribunal habría conceptuado sobre ello y decidido en consonancia con lo que sobre ello opinase, habría sido pertinente un cargo en casación. No habiendo sucedido así, cargos al respecto no proceden.

Esto se dice, no sólo por lo que acaba de expresarse, sino también por estas otras razones de igual predicamento: las aludidas afirmaciones explícitas unas e implícitas otras de la señora Peña constituyen confesión en cuanto ante ellas son ciertos los referidos hechos básicos afirmados por el demandante, que es lo que por confesión entiende y señala el artículo 604 del C. J.; pero tales afirmaciones o asentimiento en cuanto se refieren al estado civil, no pueden reputarse confesión; más todavía: aunque lo fuese, no cabría admitirlas como pruebas de estado civil, porque el artículo 605 de esa obra requiere, entre otras cosas, "que la ley no exija para el caso otro medio de prueba", y el Código Civil en el Título 20 de su Libro I exige como pruebas del estado civil las que allí detalladamente enumera y reglamenta, entre las cuales no se halla ni podría jurídicamente figurar la afirmación o asentimiento de tal o cual interesado.

Y sólo estos medios se hallaban en el expediente cuando se procedió a fallar, porque las actas de matrimonio y de bautismo y las piezas de la causa mortuoria presentadas por el actual recurrente al Tribunal con su citado memorial de 3 de julio no pudieron considerarse en fuerza de lo ya dicho al respecto. Esto determinó que, legalmente hablando, el Tribunal al sentenciar encontrara la ausencia de prueba sobre la muerte de Salgado, sobre su matrimonio con la señora Peña, sobre que de esta unión nacieran los demandados restantes y sobre menor edad de éstos; de ahí que no pudiera el sentenciador considerar como efectivamente formada y disuelta la sociedad conyugal de que habla la demanda y abierta la sucesión que ésta señala como demandado y a la señora Peña como cónyuge supérstite y representante legal de sus codemandados ya a éstos por herederos de Salgado Gómez.

Faltando estos hechos, que a tanto equivale la falta de su comprobación, es inoficioso estudiar detalladamente cargos cuya procedencia precisamente requiere tener acreditado aquel matrimonio y la consiguiente formación de aquella sociedad, el fallecimiento del marido y consiguiente disolución de la misma y apertura de la sucesión de él y la calidad de herederos suyos y de menores de edad en las personas demandadas como tales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá el veintiseis de abril del año en curso.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca— El Conjuez, Eduardo Zuleta Angel — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE PERJUICIOS.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Alejandrina Paredes viuda de Rodríguez, en nombre propio y en representación de sus menores hijos legítimos Ana Matilde, Milcíades, José del Carmen y Blanca Rosa Rodríguez, demandó por medio de apoderado en vía ordinaria a la Compañía Eléctrica Industrial del Quindío, sociedad anónima domiciliada en Bogotá, para que se la condene a pagarles $ 6.000 o la cantidad que pericialmente se compruebe como valor de los perjuicios causados a ella como cónyuge sobreviviente y a sus hijos como herederos de Milcíades Rodríguez con la muerte de éste acaecida por electrocución en jurisdicción de Calarcá el 4 de julio de 1934.

La primera instancia se surtió en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, quien la decidió absolviendo a la Compañía en fallo de 9 de mayo de 1938, de que apeló la parte demandante, y que el Tribunal Superior revocó en el de 1º de de marzo de 1940 haciendo la condenación demandada, cuyo monto deja para incidente separado dentro de las indicaciones formuladas al respecto en la parte motiva de esta sentencia, contra la cual la Compañía interpuso casación, recurso que se procede a decidir por estar debidamente tramitado.

El Tribunal, después de estudiar lo relativo a culpa aquiliana en general y de recordar que en controversia sobre indemnización ha de establecerse el hecho culposo, el daño y la relación de causalidad entre los dos, encuentra que estos elementos se hallan acreditados y de ahí deduce, con la responsabilidad de la Compañía, su condenación en favor de los demandantes.

Por su estrecha relación con los cargos del recurrente, según adelante se verán, se destacan de la sentencia recurrida estos conceptos:

Hay un primer motivo de culpabilidad que hace responsable civilmente a la Compañía y consiste en haber instalado y conducido las cuerdas de alta tensión a tan escasa distancia entre sí que el simple peso, así fuese pasajero y accidental, de un maguey, bastó a unirlas y determinar la formación de un corto circuito; y agrega que al considerar que ello fue por terrenos montuosos y enmalezados, se ve que en la Compañía faltó la diligencia y celo obligatorio en la instalación de los hilos conductores.

En seguida la sentencia dice: "El otro error de conducta, el que para el Tribunal es fundamental en orden a determinar la responsabilidad de la Compañía, consiste en la actitud pasiva que sus agentes guardaron en orden a remover el peligro que determinaba la permanencia en el suelo de los hilos conductores y cargados de alta corriente. Porque sin lugar a la menor duda resulta, que la ruptura de las referidas cuerdas se produjo en las horas de la noche anterior a la en que se produjo el accidente, y éste sólo tuvo lugar al medio día siguiente; lo que quiere decir que la cuerda rota permaneció por el suelo cargada de electricidad, durante más de doce horas, sin que la Compañía hubiera tomado medida alguna conducente a evitar el peligro que este hecho representaba. Y entonces el dilema es de una fuerza probatoria terminante: o la Compañía tuvo conocimiento del hecho de la ruptura de uno de los hilos conductores de alta corriente para el Corregimiento de Barcelona, o no lo tuvo; si lo primero, habría incurrido más que en una culpa puramente extracontractual en una omisión delictuosa; y si lo segundo, tendríase entonces un grave descuido, un máximo error de conducta en la organización de una empresa de esta índole que, ante la suspensión de los servicios que presta, y después de tántas horas de ocurrido el evento que lo ha determinado, carece de medios para informarse y disponer una rápida reparación, error éste más que suficiente para determinar la negligencia o descuido en que consiste la culpa".

El recurrente dice que estos son los únicos fundamentos en que se apoya el fallo recurrido y que ambos dependen o derivan toda su fuerza de apreciación

errada de las pruebas del proceso que viola el artículo 697 del C. J., sobre fuerza probatoria del dicho de dos testigos hábiles concordantes en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Agrega que el primer motivo, relativo a defectos de instalación, no pasa de una conjetura, de una simple suposición, porque no hay pruebas en el proceso de que pueda deducirse o que establezcan la distancia a que las cuerdas de alta tensión estaban instaladas, y que, por el contrario, tratándose de Compañía seria, con plantas eléctricas en Armenia y Calarcá, lo de suponerse es que se hicieron técnicamente las instalaciones. De ahí, y conceptuando que el actor debe acreditar la falta de diligencia y cuidado de donde deriva la responsabilidad de la Compañía, llega a la conclusión de que el Tribunal quebrantó los artículos 1494, 2341 a 2343, 2347, 2349, 63, 66, 1604 y 1608 del C. Civil y 697 del Judicial.

Cuanto al otro fundamento que, como el Tribunal mismo pone de presente, es el decisivo, el recurrente dice: "El segundo motivo de culpabilidad lo hace derivar el Tribunal de que la cuerda rota permaneció por el suelo cargada de electricidad durante más de doce horas sin que la Compañía hubiera tomado medida alguna conducente a evitar el peligro que este hecho representaba"; y tampoco hay en el proceso pruebas que determinen de manera clara y precisa la hora en que se produjo el corto circuito; de suerte que el Tribunal al considerar que sobre esto hay prueba completa viola los artículos 593 y siguientes y 696 y 697 del C. Judial. Deduce de todo esto la violación de las citadas disposiciones del Civil.

Se considera:

Testigos presentados por una y otra de las partes litigantes deponen sobre que la caída del cogollo de magüey determinó la formación del corto circuito. No es, pues, desacertado colegir que la instalación no era satisfactoria, tratándose de las líneas de alta tensión y siendo tan leve el peso de lo caído. Pero la Corte no ha de detenerse en este detalle, en vista de no ser esa reflexión del Tribunal el por qué de su fallo y de que, por otra parte, los razonamientos de esa índole, por su misma naturaleza, no pueden entenderse sujetos a revisión de la Corte en casación, salvo que impliquen el error de hecho o de derecho de que habla el numeral 1º del art. 520 del C. J.

Es verdad que se acusa por error de estas dos clases; pero ninguno de los dos se halla al analizar las pruebas respectivas, puesto que todas hablan de la caída del cogollo de maguey como determinante del corto circuito, y, así las cosas, lo sometido a la Corte como acusación del fallo del Tribunal queda siendo simplemente la inducción de éste sobre que la instalación no se ajustó a lo que la prudencia exige ante peligros que está obligado a prever quien asume o ejercita actividades como las que forman el objeto de la Compañía demandada.

El cargo surgido de que los autos no acreditan que la cuerda durase rota y electrizada por horas enteras sin que la Compañía proveyese a prevenir los consiguientes peligros, tampoco se justifica, porque a más de afirmar este hecho categóricamente los dos testigos cuyo dicho estima deficiente el acusador, lo acredita también la inspección ocular, en la cual se insiste y declara sobre que desde la noche del 3 de junio se interrumpió el servicio de luz por la formación del corto circuito, a tiempo que en el pleito no se ha discutido siquiera, y todos los declarantes lo afirman, que la muerte de Rodríguez ocurrió al medio día del 4 de junio.

Esos dos testigos son José Domingo Fernández y Antonio Quesada (cdno. 2º, fols. 36 a 39). Fernández dice que por terrenos de él en el punto de La Granja transitaba Rodríguez cuando "tropezó con una de las cuerdas de la Empresa de Energía Eléctrica de la Compañía Industrial del Quindío, cuerda que se hallaba por el suelo debido a que la noche anterior hubo un corto circuito motivado por un maguey..." Adelante del párrafo que acaba de trascribirse, su declaración reitera la afirmación de que la cuerda había caído la noche anterior. Y Quesada dice que la cuerda estaba electrizada y al tropezar Rodríguez con ella murió inmediatamente. Son palabras de su declaración que aquélla "se hallaba por el suelo debido a que el día anterior se había caído a consecuencia de que un maguey cayó sobre ella".

Aunque estos testimonios se descartaran, quedaría en pie la inspección ocular practicada por el Juzgado del Circuito de Calarcá comisionado al efecto, con peritos y con asistencia del numeroso personal de testigos interrogados en ese acto, de que da cuenta el acta de esa diligencia (cdno. 3º, fols. 14 a 16). Allí se lee: "...la caída de la línea conductora de energía eléctrica y su ruptura no tuvo otro motivo que la caída sobre ella de una vara de maguey que originó un corto circuito en

las líneas de alta tensión". Esa acta termina así: "Igualmente que la anormalidad en el funcionamiento de la línea con el contacto del maguey comenzó a las once de la noche anterior a la del día del accidente; estas son referencias de testigos y vecinos. Conste".

Así, pues, el Tribunal no quebrantó sino obedeció las disposiciones procedimentales sobre estimación de pruebas, lo que vale decir que no incurrió en el error de derecho de que se le acusa. Por lo trascrito de aquéllas se ve que tampoco incurrió en error de hecho al apreciarlas, menos aún el de la clase requerida por el citado artículo 520, esto es, "que aparezca de modo manifiesto en los autos".

Suministrando éstos base sólida a la afirmación del Tribunal sobre el lapso trascurrido entre la formación del corto circuito y la muerte de Rodríguez, queda sin fundamento la acusación, no sólo en lo relativo a aquellos errores, sino en lo atañedero a la conclusión de que tal hecho deriva la sentencia sobre negligencia o descuido de la Compañía, según el dilema planteado en los pasajes que se trascribieron en la presente para mayor claridad.

Corroborando este concepto se halla la plena prueba levantada en segunda instancia con el dicho de varios testigos sobre la distancia, corta en tiempo y espacio, entre la oficina central y el sitio del siniestro, lo que poniendo de bulto la facilidad de prevenirlo, concurre a determinar lo culposo de la omisión.

Habla el recurrente de la imprudencia del occiso en acercarse al lugar donde estaba la línea caída, por no tratarse de camino público ni de sendero de comunicación con sus vecindades. Inaceptable reparo: no obra en autos prueba alguna de donde se deduzca que Rodríguez sabía o tenía siquiera motivo para suponer que en ese sitio había una línea caída ni mucho menos que estuviese electrizada; y de otro lado, si las declaraciones rendidas a solicitud de la Compañía hablan de que allí no hay camino, no dejan de agregar que hay vía de intercomunicación de los habitantes de ese sector, lo que hace ver que no fue algo insólito o caprichoso el que por allí pasara Rodríguez al trasladarse de su casa al lugar cercano donde iba a las compras a que los testigos aluden.

La inspección ocular mencionada dejó establecido este detalle: "Es cierto que en el lugar de los hechos se ven huellas de haber existido camino privado que lo usaban los ocupantes de la casa, y por informe de los ocupantes de hoy de la referida casa, que está a orillas de la carretera, también lo acostumbran, saliendo por un punto más abajo de donde ocurrió el accidente".

Afirma el recurrente que el Tribunal culpa a la Compañía de no haber previsto el hecho preciso de la caída del cogollo de maguey en cierta hora y sitio, lo que sería, por decirlo así, culparla de no haber adivinado. La sentencia recurrida no contiene ni sugiere semejante aseveración, pues la culpa la encuentra en no haber provisto la Compañía a evitar peligro obligadamente previsible y en haber permanecido en la omisión las largas horas referidas.

Si el Tribunal deduce de esa omisión la responsabilidad de la Compañía, es inoficioso estudiar lo relativo a si en lo general cabe reconocerla tan diligente y cuidadosa como afirma su apoderado, o si satisfacen o no los postes de guaduas, o si en el evento de no satisfacer, no sea ella sino el Municipio con quien contrató quien haya de responder del reclamo. Ninguno de estos hechos vino a ser determinante de la sentencia. Aunque esta consideración bastaría para desechar en casación los cargos alusivos a ellos, no sobrará trascribir de la citada inspección ocular las siguientes palabras de los peritos: "Por las referencias obtenidas de varios vecinos del lugar donde acaeció la muerte del citado Rodríguez, conceptuamos que las líneas y postes que las sostenían no ofrecían garantía, porque hemos oído decir a esos vecinos sobre su disconformidad con el sostenimiento de postes de guadua a una altura no superior a cinco metros y medio, quejas o disconformidad que fueron elevadas a la Compañía desde el principio de instalada la línea, y con mayor razón trascurridos diez y ocho meses de establecida, y porque los propietarios de las fincas por donde pasaba la línea observaron que la vigilancia de ella se efectuaba por un muchacho que recorría la carretera en una bicicleta y por períodos de cada quince días".

Por vía de información se advierte que el administrador de la empresa, presente en esa diligencia, manifestó que el contrato con el Municipio había dejado a cargo de éste el suministro de los postes y que los dio de guaduas, y agregó que el vigilante es mayor de edad y experto y que se valía de bicicleta para trasladarse más fácilmente dos veces por semana.

Se observa que la parte demandante

suministró las pruebas de que el Tribunal dedujo la culpa y consiguiente responsabilidad de la Compañía y que, así las cosas, no es de estudiarse aquí si en el presente pleito era o no de presumirse aquella culpa y, caso afirmativo, estando consiguientemente exentos de esa carga los actores no habrían tenido que asumirla.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio el primero de marzo del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca — El Conjuez, **Tancredo Nannetti — Emilio Prieto Hernández,** Of. Mayor en ppdad.

REIVINDICACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

Por escritura número 2936, del 31 de agosto de 1928, otorgada en la Notaría primera de Bogotá, Octavio Rincón vendió a su hermano Antonio María Rincón la mitad proindiviso de un lote de terreno compuesto de tres cuadras, ubicado en la fracción de Villita y Malpaso, en jurisdicción de Sogamoso, llamado Girón y alinderado como en dicha escritura se indica.

Posteriormente, por escritura número 1282, del 23 de octubre de 1928, de la Notaría primera de Tunja, Antonio María Rincón se reconoció deudor del Banco de Bogotá, Sucursal de aquella ciudad, por la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) que recibió en mutuo, crédito que garantizó con hipoteca de primer grado sobre la totalidad del lote de terreno antes mencionado, el cual había adquirido así: la mitad, por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión de Francisco Chaparro Amaya, y la otra mitad por la compra a Octavio Rincón, de que se ha hablado.

En el mes de septiembre de 1930 Octavio Rincón, representado por un curador ad-litem, por ser menor de edad, inició ante el Juzgado 3º del Circuito de Sogamoso el correspondiente juicio ordinario contra Antonio María Rincón, para que se rescindiera, por causa de nulidad relativa, el aludido contrato de compraventa celebrado entre ellos, fundándose el demandante en que era menor de edad cuando se verificó el contrato.

El demandado contestó aceptando los hechos y el derecho, y el Juez del conocimiento falló el asunto por sentencia del 14 de octubre de 1930, así:

"1º El contrato de compraventa celebrado entre el demandante Octavio Rincón y el demandado Antonio María Rincón, el treinta y uno de agosto de mil novecientos veintiocho y que aparece consignado en la escritura número dos mil novecientos treinta y seis, otorgada en esa fecha en la Notaría primera del Circuito de Bogotá, adolece de nulidad relativa, porque versando sobre bienes raíces y siendo entonces el vendedor menor de edad, no se satisficieron previamente las formalidades legales necesarias.

"2º Por causa de esta nulidad, declárase rescindido y sin ningún valor ni efecto el referido contrato.

"3º Como consecuencia de esta nulidad, declárase que pertenece en propiedad al demandante Octavio Rincón la mitad proindiviso de la finca que por medio de aquel instrumento había vendido al demandado Antonio María Rincón, cuya especificación se hace tanto en dicha escritura como en la demanda, y que el demandado restituirá al demandante tres días después de notificada esta sentencia".

Este fallo se declaró ejecutoriado por auto del 5 de noviembre de 1930, y la copia respectiva se registró, el 13 del citado mes, en el Libro de Sentencias de la Registratura de Sogamoso, y algunos años después, el 5 de diciembre de 1936, en el Libro Nº 1º de la misma Registratura.

No habiendo cumplido Antonio María Rincón sus obligaciones para con el Banco de Bogotá, éste inició el correspondiente juicio especial sobre venta o adjudicación de la finca hipotecada, ante el Juzgado 2º del Circuito de Tunja. Dicho Juzgado, por sentencia del 17 de octubre de 1932, decretó la venta en pública subasta del inmueble afecto al pago de la deuda. El remate se verificó el 10 de abril de 1935 y la finca referida le fue adjudicada al Banco, como único postor y por cuenta de su crédito.

Hay constancia en autos de que durante la tramitación del expresado juicio Octavio Rincón presentó copia de la sentencia que declaró nulo el contrato de compraventa celebrado con Antonio María Rincón, y pidió el desembargo de la mitad de la finca a que alude la sentencia. Dicha petición no prosperó, parece que por abandono del interesado.

Más tarde, el 19 de julio de 1933, el mismo Octavio Rincón presentó un nuevo memorial en el indicado juicio, al que acompañó copia de la sentencia varias

veces citada, y pidió "que para evitar perjuicios al rematador o adjudicatario de la finca, se haga saber el día de la licitación que me opondré a la entrega, y que en cualquier momento, si ésta se efectúa, estableceré la acción reivindicatoria que me brindan los artículos 946 a 960 del C. C."

El Banco de Bogotá, rematador de la finca en referencia, la vendió a la señora Filomena Marqfoy viuda de García, por escritura número 162, del 17 de febrero de 1936, de la Notaría primera de Tunja.

El 30 de enero de 1937 Octavio Rincón, por medio de apoderado, inició juicio civil ordinario contra la señora Filomena Marq foy viuda de García, ante el Juez 3º del Circuito de Sogamoso y pidió que, por sentencia definitiva, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que pertenece a mi poderdante en pleno dominio y propiedad la mitad proindiviso de un lote de terreno de que está en posesión actual la demandada y que forma parte de otro de mayor extensión en que igual derecho tiene mi poderdante, el cual lote, o sea el poseído por la demandada, está compuesto de dos cuadras, destinada la una a potrero y la otra a sembradero y se halla ubicado en la vereda de **Villita** y **Malpaso (Girón)**, estando comprendido dentro de los siguientes linderos: por un costado, la calle pública que conduce a **Río Chiquito**, hoy la Carretera Central; por otro, con los potreros llamados **Girón**, que pertenecían a la sucesión del señor Francisco Chaparro Amaya, los que han pasado a distintos dueños, y hoy son colindantes el señor Edmundo Reyes, quien vendió parte a Manuel Acevedo; por otro costado, con terrenos que eran de Emilio y Plinio Jiménez y hoy de Gabriel López y Antonio Chaparro; y por último, con huerta que era de Espíritu Santo Chaparro y hoy de varios dueños, siendo el inmediato al terreno el señor Abraham Castro, y con la cuadra que posee el doctor Pedro León Gómez y Roa actualmente, pero que es parte integrante del globo general en que se hizo adjudicación en común a mi poderdante y al señor Antonio María Rincón, en el juicio de sucesión de don Francisco Chaparro Amaya.

"2ª Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la demandada señora Filomena Marqfoy v. de García a restituír a mi poderdante señor Octavio Rincón, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, la mitad proindiviso del terreno que se deja mencionado en el punto anterior.

"3ª Que se condene igualmente a la demandada a pagar a mi poderdante, dentro del término expresado, los frutos civiles y naturales de la cuota que pertenece a mi poderdante en el terreno conocido, desde que entró a poseerlo, o sea desde el mes de febrero del año anterior, no sólo los percibidos, sino los que haya dejado de percibir empleando mediana inteligencia y cuidado, por cuanto ella compró el terreno a sabiendas de que en él tenía mi poderdante la mitad, frutos que se estimarán en el curso del juicio, por peritos;

"4ª Que en caso de oposición, se condene a la demandada a las costas del juicio".

La demandada contestó oponiéndose a la acción intentada; propuso varias excepciones perentorias, y por escrito separado denunció el pleito al Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja, pero aceptó que se halla en posesión del terreno que se pretende reivindicar.

El Gerente del Banco mencionado contestó la demanda oponiéndose también a la acción intentada, y propuso, a su vez, demanda de reconvención contra el actor, en la cual formuló las peticiones principales y subsidiarias de que adelante se hablará.

El Juez 2º del Circuito de Sogamoso, a quien pasó el negocio, puso fin a la primera instancia con el fallo de fecha primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, en el cual dijo:

"**Primero:** Niéganse todas y cada una de las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda.

"**Segundo:** Absuélvese a la demandada, señora Filomena Marqfoy v. de García, mayor y vecina de Sogamoso, de todos y cada uno de los cargos de la demanda.

"**Tercero:** No se hace condenación en costas".

Apelada esta sentencia por el actor y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo dictó la de fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y nueve, por medio de la cual confirmó la del Juez **a quo**, "adicionándola en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada, y de que no hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en el libelo de la contrademanda formulada por el señor Gerente del Banco de Bogotá, Sucursal de Bogotá".

En dos razones principales se fundó la

sentencia de primera instancia: en que no fue registrada la partición de los bienes de la sucesión de Francisco Chaparro Amaya, de quien adquirió el demandante, pues aparece que sólo se registró la sentencia aprobatoria de la partición, y no la partición misma, por lo cual consideró el Juez que los títulos del demandante adolecen de ese vicio; y en que habiéndose registrado antes que la sentencia de nulidad, la diligencia de remate hecho por el Banco y la venta que éste hizo a la demandada, aquella sentencia no puede producir efectos contra terceros poseedores que no intervinieron en el juicio en que fue pronunciada.

El Tribunal estimó que si bien es verdad que ha debido registrarse la partición misma, conforme a normas legales bien conocidas, la omisión de tal requisito no constituye en el caso particular un argumento capaz de contrarrestar las bases de la acción propuesta, desde luego que la misma consideración podría hacerse respecto de la demandada, porque los antecedentes de su derecho arrancan de la misma fuente.

Consideró que el segundo de los fundamentos en que se apoyó la sentencia absolutoria podría aceptarse como de fuerza mayor, si no fuera porque los términos rígidos del artículo 1748 del Código Civil no permiten hacer distinción alguna entre poseedores de buena o de mala fe, ni restringir los alcances de la nulidad declarada únicamente a los que fueron partes en el juicio respectivo.

No obstante, el Tribunal estimó que resulta probada la excepción perentoria de cosa juzgada y que ella, por sí sola, da consistencia legal al fallo absolutorio.

Dice el Tribunal que en la sentencia de fecha catorce de octubre de mil novecientos treinta no sólo se declaró rescindido el contrato celebrado entre los señores Rincones, sino que se reconoció al demandante Octavio como propietario de la mitad del terreno sobre que versó el contrato, y se ordenó al demandado restituírlo dentro de tres días, y que esta última parte de la sentencia corresponde a la petición de reivindicación formulada en la demanda que dio origen a este pleito, "lo que quiere decir que por segunda vez se intenta la misma acción sobre los mismos bienes, por la misma causa y entre las mismas partes, pues aunque ahora ya no figura como demandado Antonio María Rincón, la señora demandada, que es su causahabiente a título particular, la considera la ley en este caso identificada con él".

El recurso

Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia acusada, a saber:

Violación directa de los artículos 1740, 1741, 1746 y 1748 del Código Civil, y 209 y 473 del Código Judicial, por no haberlos aplicado al caso del pleito;

Violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del C. C., y mala intepretación e indebida aplicación del 1748 del mismo Código;

Violación indirecta de ley sustantiva, por error de hecho en la apreciación de la sentencia que declaró nulo el contrato celebrado entre Octavio y Antonio María Rincón, y de la demanda con que se inició este pleito, porque consideró que en aquel fallo se había resuelto lo que es materia de la presente acción; y

Violación de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito.

Con excepción de la cita de los artículos 1740, 1741 y 1746 del Código Civil y 209 del Código Judicial, que no es pertinente, por no ser dichos artículos aplicables al caso controvertido, aquéllos porque no se trata aquí de declarar la nulidad de un contrato, y éste porque es puramente adjetivo o procedimental, considera la Corte que los cuatro cargos formulados, que habrían podido reducirse a uno solo, son fundados, por las siguientes razones:

Conforme al indicado artículo 1748 "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

Por sentencia de fecha catorce de octubre de mil novecientos treinta, dictada por el Juez 3º del Circuito de Sogamoso, se declaró rescindido, y por lo mismo sin valor ni efecto alguno, por causa de nulidad relativa, el contrato de compra-venta celebrado entre Octavio Rincón y Antonio María Rincón. Dicha sentencia, en la cual se apoya el demandante, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, según el artículo que acaba de copiarse, sin que valga decir, en el presente caso, que por haberse registrado antes que la mencionada sentencia la diligencia de remate en favor del Banco de Bogotá y la escritura de venta otorgada por éste a la demandada, no puede la sentencia

perjudicar a los que no fueron partes en el juicio en que se discutió la nulidad del contrato, porque precisamente para hacer valer la sentencia contra los terceros es para lo que la ley concede la acción reivindicatoria contra ellos, sean de buena o de mala fe, porque el artículo no establece distinción alguna al respecto.

El Tribunal aceptó que el citado artículo daba derecho al demandante para ejercitar la acción de reivindicación, pero se abstuvo de aplicarlo porque consideró que se hallaba probada en autos la excepción perentoria de cosa juzgada.

En concepto de la Corte no puede sostenerse que exista dicha excepción, porque en el juicio seguido por Octavio Rincón contra Antonio María Rincón se pidió la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre ellos, por hallarse viciado de nulidad relativa, debido a la menor edad del contratante Octavio Rincón, y se solicitó que como consecuencia de la rescisión se declarara que la finca materia del contrato pertenecía en propiedad a Octavio Rincón y que el demandado Antonio María Rincón debía restituírsela, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil; en tanto que en el presente juicio se ha ejercitado la acción reivindicatoria contra la señora Filomena Marqfoy v. de García, como tercera poseedora de parte de la finca sobre que versó el primer pleito, fundándose el demandante en que por haberse decretado la rescisión del contrato aludido se le declaró dueño de la finca y tiene derecho para reivindicarla, de conformidad con el artículo 1748 varias veces referido.

En otros términos, no existen las condiciones que señala el artículo 474 del Código Judicial para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, porque si es verdad que hay identidad de personas, por ser la demandada en este pleito causahabiente, a título singular, de Antonio María Rincón, demandado en el primer juicio, no sucede lo propio con el objeto y la causa, ya que el juicio seguido por Octavio Rincón contra Antonio María Rincón tuvo por objeto el que se rescindiera el contrato celebrado entre ellos, por causa de la menor edad de uno de los contratantes; en tanto que el presente juicio tiene por objeto el que Octavio Rincón recupere la posesión de la cuota parte de la finca disputada, y por causa el haber sido declarado dueño de ella, en virtud de la rescisión del aludido contrato, según la sentencia que sirve de fundamento a la acción que concede el artículo 1748 del C. C.

En el primer juicio se ordenó al demandado restituír la mitad de la finca al demandante, pero no porque éste iniciara la acción reivindicatoria de que habla el artículo 1748, sino como consecuencia de la rescisión del contrato, que impone a los contratantes la obligación de devolver las cosas al estado que tenían antes de su celebración, como lo estatuye el artículo 1746 de allí.

Es cierto que en la demanda que dio origen al presente juicio se pidió, sin necesidad, que se declarara que el demandante es dueño de la cuota de dominio en la fica que quiere reivindicar, pero esa petición superabundante no es suficiente para considerar que existe la excepción de cosa juzgada, pues ya se ha visto que son distintos el objeto y las causas en los dos juicios de que se ha venido hablando.

No existiendo, como estima la Corte que no existe, la excepción de cosa juzgada que el Tribunal erradamente declaró probada, es evidente que la acción reivindicatoria intentada debe prosperar. En consecuencia, son fundados los cargos formulados contra la sentencia, la cual ha de infirmarse.

Para dictar la sentencia que debe reemplazar la del Tribunal, la Corte, además de las consideraciones que anteceden, se funda en las siguientes:

La finca a que se refiere la demanda es sólo una parte de aquella respecto de la cual recayó la sentencia de nulidad; pero como la demandada no contradijo ese punto, y antes bien, aceptó expresamente el hecho octavo de la demanda, que aclara la cuestión, es preciso concluír que el actor ha cumplido su obligación de demostrar la identidad o singularización de la cosa que pretende reivindicar.

Pide el demandante que se condene a la demandada como poseedora de mala fe, pero no encuentra la Corte que se haya comprobado que lo sea, porque además de que la ampara la presunción de buena fe que establece el artículo 769 del Código Civil, el hecho mismo de haber comprado la finca a un Banco muy conocido y de gran respetabilidad, demuestra que ella obró bajo la convicción de adquirir el dominio de la cosa del verdadero dueño, por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

La demandada, en tiempo oportuno, denunció el pleito al Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja.

Esa entidad, además de oponerse a la

acción de reivindicación intentada, presentó demanda de reconvención contra el actor, para que, en el evento de que se decretara la reivindicación pedida, se declarara que Octavio Rincón está obligado a pagar al Banco: la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500), mitad del saldo de mayor suma que el Banco dio en préstamo a Antonio María Rincón; los intereses de dicha cantidad, a razón del quince por ciento (15%) anual, desde el ocho de agosto de mil novecientos treinta hasta el día en que se verifique el pago; la mitad del valor de los gastos del juicio especial de venta o adjudicación de la finca hipotecada, seguido contra Antonio María Rincón, en el Juzgado 2º del Circuito de Tunja; la mitad del valor de los gastos correspondientes a la expedición de la copia de la diligencia de remate, y a la matrícula de la propiedad rematada; la mitad del valor de los gastos ocasionados por la escritura de venta otorgada a favor de la señora Filomena Marqfoy v. de García, y el valor de las costas del presente juicio.

Subsidiariamente pidió que se condenara al contrademandado a pagar al Banco la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) y sus intereses legales desde el 17 de febrero de 1936, valor de la mitad del terreno vendido a la señora Marqfoy v. de García; el valor de los perjuicios que el Banco pueda sufrir como consecuencia de ser privada la compradora del dominio y posesión de la cuota parte de la finca materia de la acción reivindicatoria; la mitad del valor de las costas del juicio seguido por el Banco contra Antonio María Rincón; la mitad del valor de la escritura de venta otorgada por el Banco a favor de la señora de García, y el valor de las costas del presente juicio.

Dice el Banco que la causa de la demanda estriba en la obligación que tiene Octavio Rincón de indemnizarle todos los perjuicios que pueda sufrir por la alteración de la situación jurídica existente entre esa entidad y la señora Filomena Marqfoy v. de García, derivada del contrato de compraventa de la finca que se pretende reivindicar, "obligación generada por la culpa en que incurrió el demandado, o por el dolo con que pudo obrar al afirmar falsamente que era mayor de edad, siendo menor, cuando celebró con su hermano Antonio María Rincón el contrato de compraventa contenido en la escritura 2936, del 31 de agosto de 1928, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá".

En derecho se fundó esa demanda en el artículo 2341 y sus concordantes del Código Civil.

Son suficientes, a juicio de la Corte, para demostrar que esta demanda es completamente infundada, tanto en sus peticiones principales como en las subsidiarias, las razones expuestas en la sentencia recurrida que en seguida se copian:

"Se observa, en primer término, que ni por la manera condicional como el Banco contrademandó al señor Octavio Rincón, ni por razón de las vinculaciones jurídicas que en este caso ligan a la señora demandada con la entidad bancaria y a ésta con su deudor ejecutado, fue acertada la actitud asumida por esa institución al demandar en reconvención al actor del juicio, pues como es fácil advertirlo, ya no puede admitirse como fundamento de esa medida la culpa que se le atribuye en haber vendido como mayor de edad, no siéndolo, la finca que ahora es materia del pleito, desde luego que por sentencia anterior, dictada en obedecimiento a preceptos legales que favorecen a los incapaces que contratan sin los requisitos del caso, no se le dedujo ninguna responsabilidad contractual y por el contrario se le amparó procurándole la facilidad de que el terreno antes vendido por él en semejantes condiciones volviera a su poder. Además, como al ser demandada la señora Marqfoy por el señor Octavio Rincón para que le restituyera ese predio, lo que ella ha sufrido es una verdadera evicción, que en oportunidad supo ponerla en conocimiento del Banco vendedor denunciándole el pleito, y como éste a su vez adquirió ese predio, mediante remate, de su deudor D. Antonio M. Rincón, lo procedente hubiera sido denunciar el pleito nuevamente a éste como su inmediato vendedor, llamado por la ley a sanear la evicción, y no contrademandar al actor del juicio, con quien ya no mediaba ninguna relación jurídica, aun respecto del mismo Antonio M. Rincón, gracias al fallo que restituyó sus derechos al estado en que se encontraban antes de venderle a éste la parte del terreno que ahora se litiga; pues con este procedimiento el Banco se puso en el camino de perder su derecho a reclamar de su vendedor la obligación de sanearle la evicción, según lo enseña el artículo 1899 del C. C."

De lo dicho anteriormente se deduce también que no están probadas las excepciones perentorias que propuso la demandada, al contestar la demanda.

En mérito de las consideraciones que

anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta y nueve, y previa revocatoria de la de primer grado falla este pleito así:

Primero: Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la demandada.

Segundo: Condénase a la señora Filomena Marqfoy v. de García a restituír o entregar al señor Octavio Rincón, dentro del término de seis días, contado a partir de la fecha del auto sobre obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el Juez **a quo,** la mitad proindiviso de un lote de terreno compuesto de dos cuadras, destinada la una a potrero y la otra a sembradero, ubicado en jurisdicción del Municipio de Sogamoso, en la fracción de **Villita** y **Malpaso (Girón)**, y comprendido todo el lote dentro de los siguientes linderos generales: "por un costado, la calle pública que conduce a **Río Chiquito,** hoy la Carretera Central; por otro, con los potreros llamados **Girón,** que pertenecían a la sucesión del señor Francisco Chaparro Amaya, los que han pasado a distintos dueños, y hoy son colindantes el señor Edmundo Reyes, quien vendió parte a Manuel Acevedo; por otro costado, con terrenos que eran de Emilio y Plinio Jiménez y hoy de Gabriel López y Antonio Chaparro; y por el último, con huerta que era de Espíritu Santo Chaparro y hoy de varios dueños, siendo el inmediato al terreno el señor Abraham Castro, y con la cuadra que posee el doctor Pedro León Gámez y Roa actualmente, pero que es parte integrante del globo general en que se hizo adjudicación en común a mi poderdante y el señor Antonio María Rincón, en el juicio de sucesión de don Francisco Chaparro Amaya".

Tercero: Condénase igualmente a la señora Filomena Marqfoy v. de García a pagar al señor Octavio Rincón, dentro del mismo término señalado en el ordinal anterior, el valor de los frutos naturales y civiles que haya producido y produzca la mitad del referido terreno, desde la contestación de la demanda, o sea desde el veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y siete hasta el día de la entrega del propio terreno, valor que se fijará en la forma establecida por el artículo 553 del Código Judicial.

Cuarto: Niéganse las peticiones principales y subsidiarias formuladas por el Banco de Bogotá, Sucursal de Tunja, en la demanda de reconvención que propuso contra el señor Octavio Rincón.

Quinto: Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón—Daniel Anzola Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Los antecedentes del presente litigio son estos:

1º Entre Lisandro Gómez, por una parte, y Andrés, Alfonso y Guillermo Ortiz, por la otra, se celebró un contrato el dos de febrero de mil novecientos veintinueve, en Tuluá, del cual son estas cláusulas: Gómez da a los Ortiz una finca denominada "La Norcasia", situada en el paraje de Bugalagrande, Municipio de Tuluá, avaluada de común acuerdo entre las partes en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000) para que los Ortiz la mejoren y partir las utilidades con Gómez, sobre la suma ya expresada. El término durante el cual los Ortiz administrarían la finca era el de cuatro años (4), contados desde la fecha del contrato, con la advertencia expresa de que Gómez se reservaba la facultad de vender la finca en cualquier momento, bajo la obligación de pagar previamente a los Ortiz, las mejoras que hubieren puesto a sus expensas, en caso de que la venta fuera por la suma de ocho mil pesos ($ 8.000) o por menos, pues si hay utilidad o mayor precio del de ocho mil pesos, se partirá el mayor precio por mitad así: la mitad para Gómez y la otra mitad para los Ortiz.

2º Lisandro Gómez una vez terminado el plazo de los cuatro años, ejercitó la acción de entrega de la finca a que se refiere el artículo 1115 del C. Judicial y el Juez a quien tocó conocer el asunto, el 2º del Circuito de Tuluá, en sentencia de 10 de julio de 1933 decretó que dentro del término de tres días de la ejecutoria del fallo los Ortiz estaban obligados a restituír a Gómez la finca de "La Norcasia";

3º Estos apelaron ante el Tribunal de Buga el cual en fallo de 18 de diciembre de 1934 declaró improcedente la acción instaurada y en consecuencia absolvió a los demandados de los cargos de la demanda;

4º El actor Gómez, cuando obtuvo sentencia favorable de primer grado hizo uso del derecho que le otorga el artículo 1119 del C. Judicial en relación con el 881 de la misma obra y previa la prestación de la fianza le fue entregada la finca;

5º Cuando los Ortiz obtuvieron el fallo favorable del Tribunal de Buga pidieron que se les restituyera la finca, lo cual no pudo hacerse sino en parte, porque Gómez había vendido a varias personas algunas parcelas de ella.

En estas circunstancias Andrés Ortiz, quien obtuvo amparo de pobreza para litigar y habiendo obtenido cesión de los derechos de Alfonso y Guillermo Ortiz, demandó ante el Juez de Circuito de Sevilla a Lisandro y Abel Gómez, quien fue el fiador del primero para responder de los perjuicios que se les causaran a los Ortiz por la entrega de la finca "La Norcasia", en virtud de la sentencia del Juez de Tuluá, de que se ha hecho mérito, con el objeto de que se hicieran estas declaraciones: "A pagarme los perjuicios que me han ocasionado con el despojo de que fui víctima con mis compañeros, de las mejoras de "La Norcasia", a partir de la fecha de ese acto criminoso hasta el pronunciamiento del fallo. Subsidiariamente a restituírme en la tenencia de esa finca, hasta tanto se liquide la sociedad y se me indemnice además por el lucro cesante y el daño emergente durante el tiempo que se nos privó del usufructo".

Lisandro Gómez una vez contestada la demanda, a la cual se opuso, presentó demanda de reconvención contra Andrés Ortiz para que se declarara que está obligado a rendirle cuentas y para que se le condene al pago de perjuicios a causa de haber destruído varias de las cosas dadas para la formación de la sociedad de aparcería.

El Juez del conocimiento en sentencia de 27 de abril del año próximo pasado condenó a Lisandro Gómez a pagar los perjuicios ocasionados a Andrés Ortiz por la enajenación de varios lotes de terreno de la finca "La Norcasia" y condenó también a Abel como fiador de Lisandro al pago de la suma de doscientos pesos moneda legal ($ 200). Respecto de la con-

trademanda la desechó en la parte motiva por considerar que ella entraña la excepción perentoria de inepta demanda, pero en la parte resolutiva no hizo ninguna declaración al respecto.

El demandado Gómez apeló ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y éste en fallo de 28 de febrero último resolvió la litis así: Revocó la de primer grado y absolvió al demandado por haber encontrado demostrada la excepción perentoria de petición de modo indebido respecto de la primera súplica; respecto de la segunda el demandado fue igualmente absuelto y en cuanto a la contrademanda condenó a Ortiz a rendirle cuentas a Gómez y negó la segunda súplica de tal contrademanda.

El actor Ortiz interpuso recurso de casación, el que pasa a decidirse.

Los fundamentos del fallo recurrido son estos:

Partiendo de la base de la existencia de una especie de sociedad de aparcería entre Gómez y Ortiz el Tribunal se expresa así: "Sin haberse practicado la liquidación de la sociedad de hecho, sin haberse determinado la situación activa o pasiva del socio o socios administradores, si existen o no utilidades partibles, si los señores Ortiz tenían, al cumplirse la sentencia de primera instancia derecho a mejoras o utilidades, ¿podrá determinarse que les causaron perjuicios y cuáles fueron ellos? La Sala contesta negativamente a esta cuestión y considera que por este aspecto es descaminada y extemporánea la acción de reparación de perjuicios incoada por el demandante en este juicio..... La indemnización de perjuicios por infracción de un contrato o por negligencia o descuido no tiene lugar sino cuando se demuestra que se ha causado un perjuicio, y éste no puede conocerse ni aún determinarse si existe, en casos como el que se estudia, sin una liquidación activa o pasiva del socio o socios administradores en la época en que se cumplió el acto perjudicial. Mientras esa situación entre Andrés Ortiz y Lisandro Gómez no sea definida legalmente, la acción de perjuicios que aquel ejerce es extemporánea, porque está estrictamente subordinada a la liquidación del activo y pasivo de la sociedad de hecho. Por ello deduce la Sala que se encuentra justificada respecto de la acción de perjuicios, la excepción perentoria de petición de modo indebido o antes de tiempo".

Respecto de la petición subsidiaria el Tribunal para negarla adujo este fundamento: "En cuanto a la súplica de restitución de la finca que se ejercita como subsidiaria, lejos de encontrar el Tribunal que al demandante le asista el derecho para ejercitarla, la halla absolutamente injustificada. En efecto, disuelto el contrato de sociedad por el vencimiento del plazo, al perder el autor la tenencia de la finca, carecía de título para exigir su restitución, toda vez que ello equivaldría a continuar un contrato terminado y para el cual ya no tiene voluntad el demandado. Por otra parte, de las pruebas que el mismo demandante presentó con su demanda, resulta que ya se le hizo restitución en la parte que no fue enajenada por el demandado y que respecto a los lotes que fueron vendidos a terceros no puede decretarse la restitución, porque ella no era posible jurídicamente".

En la demanda de casación, que acusa completa ignorancia sobre la naturaleza de ese recurso y su técnica, el recurrente sostiene que el fallo infringe los artículos 1602 a 1607 del C. Civil, las disposiciones relativas al caso del Título 27 del Libro 4º del mismo Código y cree también el recurrente, según dice, que son aplicables al caso los preceptos consignados en el Título 34 del mismo Código.

La Corte como cuestión previa, para estudiar y decidir sobre la suerte de esos cargos, observa lo siguiente:

a) Según el contrato de que se ha hecho mérito los Ortiz tienen derecho a la mitad de las utilidades que planten y si la finca "La Norcasia" se vendiere en más de ocho mil pesos tienen derecho a la mitad del exceso del precio sobre esta cantidad; b) Gómez se reservó el derecho de vender la finca en cualquier momento, durante la vigencia del contrato, con la obligación de pagar a los Ortiz las mejoras que hubieran puesto a sus expensas; c) Ortiz no pide en su libelo el valor de esas mejoras sino que demanda perjuicios por el despojo de que dice fue víctima, respecto de las mejoras, y este concepto o intención lo repite en su demanda de casación de modo que el libelo no puede interpretarse sino en ese sentido.

Sentado lo anterior, la Corte considera: No se demanda en este juicio ni el valor de las mejoras que puedan corresponderle a Ortiz, ni mucho menos la utilidad sobre el mayor precio en que se hubiera vendido "La Norcasia", ni se trata de hacer efectiva ninguna de las cláusulas del contrato celebrado entre Gómez y los Ortiz, luego por este aspecto no tie-

nen incidencia los artículos 1602 a 1617 del Código Civil, ni ante la faz de la acción ni ante el fallo acusado, el cual se basa en lo fundamental, como ya se vio, en que debe ante todo liquidarse la sociedad que existió entre Gómez y los Ortiz, y ese concepto básico del fallo no ha sido atacado.

Es cierto que Gómez vendió varias parcelas de "La Norcasia"; pero, además de que se reservó esa facultad, la venta la hizo después de terminado el contrato con los Ortiz, luego mal puede éste llamar despojo a ese acto ni menos demandar por ese concepto. De esto resulta que por ese extremo no puede haber violación del contrato por parte de Gómez.

El recurrente señala también como violadas las disposiciones relativas al caso, consignadas en el Título 27 del Libro 4º del C. Civil, y aun cuando ese cargo hecho en esa forma no es recibible en casación, lo cual bastaría para desecharlo, se observa que, no tratándose en este pleito de nada relacionado con la formación o administración de la sociedad ni con lo referente a las obligaciones de los socios y considerando que se trata de una sociedad disuelta, la acusación por ese aspecto no puede prosperar.

Por último, las disposiciones contenidas en el Título 34 del Libro 4º del mismo Código que reglamentan la culpa aquiliana no son aplicables al caso de este pleito y la sentencia recurrida no pudo infringir ninguna de ellas, porque ni directa ni indirectamente se apoyó, ni se podía apoyar, en tales normas.

No son pues fundados ninguno de los cargos del recurso.

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

Sin costas por tratarse de un amparado por pobre.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza —Fulgencia Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA—SOCIEDADES DE MINAS — TECNICA DE CASACION.—PRESUPUESTOS PROCESALES.

1.—Las sociedades que elaboran minas pueden ser colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias, de acuerdo con las características legales específicas que correspondan a cada una de estas denominaciones, y se consideran como sociedades civiles. Las compañías mineras se rigen, de acuerdo con la libertad contractual de nuestro sistema jurídico, por las reglas especiales que se consignan en los respectivos contratos sociales y a falta de estipulaciones expresas, por las normas del Código Civil. Las disposiciones contenidas en el capítulo XVI del C. de M., se aplican de manera especial a las sociedades ordinarias que son las que se forman sin los requisitos necesarios para que se puedan considerar como de las otras clases de sociedad, y que tienen existencia legal no obstante no ser reconocidas ni por el Código Civil ni por el de Comercio. Estas reglas especiales para las sociedades ordinarias, no pueden aplicarse al gobierno y funcionamiento de las demás sociedades sino a falta de disposiciones expresas del contrato y a falta también, en ausencia de estatutos convencionales, de las disposiciones del Título XXVIII, Libro IV del C. C. La sociedad ordinaria de minas, a la que corresponde mejor el carácter de una comunidad organizada por la ley en vez de compañía en el sentido civil y mercantil, no se distingue de los socios individualmente considerados, a diferencia de lo que acontece en las sociedades civiles y comerciales en que el principio que domina es que forman una persona distinta de los socios que la componen, con todas las consecuencisa que en materia patrimonial se desprenden de esta característica esencial.— 2.—El recurso de casación no se da contra los argumentos accesorios del fallo, sino contra aquellos esenciales en virtud de los cuales debe subsistir. Ha sido doctrina constante de la Corte que cuando la sentencia del Tribunal se sustenta en varios motivos y en el recurso deja de acusarse o se acusa sin éxito uno que es suficiente por sí solo para servir de soporte a la decisión, el recurso es ineficaz. — El examen de los presupuestos procesales en la parte que representa los elementos constitutivos de la acción que se ejercita, ya estudiando el derecho en sí o ya en relación con quien comparece en juicio reclamándolo, es cosa que corresponde hacer de oficio a los juzgadores como consideración previa indispensable para poder declarar con lugar o no la demanda y sin necesidad de que el reo haya propuesto o alegado la carencia de acción o su improcedencia. Es obligación legal de oficioso cumplimiento que el Juez estudie si se ha justificado o no la acción incoada. En este caso, la falta de la calidad jurídica de socio en el actor que demanda en nombre y para una sociedad colectiva de minas, constituye incuestionablemente un defecto esencial en el ejercicio de la acción que el Tribunal está en el deber de apreciar al proferir su fallo. — 4.—Cuando se desecha la acción por improcedente se falla en realidad el pleito en lo principal y en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca),

Antecedentes

Maximiliano Guerrero denunció ante la Gobernación del Depto. de Nariño, para sí y para Moisés, Faustino y Manuel Guerrero, una mina de oro y plata de veta, de nuevo descubrimiento, denominada San Francisco, situada en el distrito de Sotomayor en el punto del Cedro, en los Montes Culnales y en terrenos de Juan Eraso y Moisés Guerrero en el corregimiento de la Llanada, por los linderos y bases que se señalaron. Admitido este denuncio, por resolución gubernamental del 17 de julio de 1931 se libró comisión al alcalde de Sotomayor para dar posesión de la mina denunciada. Comisionó este funcionario a su turno para tal diligencia al corregidor de La Llanada, quien la llevó a efecto el 10 de octubre de 1931. Al

verificarse la diligencia de posesión se presentó Daniel Troche Cajiao como apoderado de Rubén Montezuma, Nemesiano Rincón y José María Hurtado y manifestó que se oponía en nombre de sus representados, por lo cual el Corregidor suspendió la diligencia y envió el expediente al alcalde comitente quien a su vez lo remitió al Juez del Circuito de Túquerres para los efectos legales. Ordenó el Juzgado a los opositores formalizar su oposición, y como no lo hicieran dentro de la oportunidad legal, se dio la posesión de la mina a su denunciante el 24 de noviembre de 1932.

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Túquerres, en libelo de fecha 20 de octubre de 1931, Otoniel Sánchez, por sus propios derechos como accionista en el grupo de cuarenta minas llamadas El Canadá, pertenecientes a la Compañía Montezuma & Hurtado, demandó en juicio ordinario a Maximiliano, Moisés, Faustino y Manuel Guerrero para que "se declare que la mina denunciada como de nuevo descubrimiento y que los denunciantes llaman San Francisco, situada en el corregimiento y municipio citados, en el punto El Cedro, no es de nuevo descubrimiento si no que pertenece al grupo de las cuarenta minas que forman El Canadá pertenecientes al señor Rubén Montezuma y demás socios con mejor derecho".

Esta demanda fue sustituída, antes de surtirse los traslados legales, por la de fecha 24 de julio de 1933, dirigida al mismo Juzgado del Circuito de Túquerres y en la cual Otoniel Sánchez dijo:

"En mi carácter de socio de la sociedad colectiva de minas denominada "Compañía explotadora de Minas", constituída en Pasto..... para la mentada sociedad, demando a los señores Maximiliano, Faustino y Manuel y Moisés Guerrero, mayores de edad y vecinos del municipio de Los Andes, para que con su audiencia y previos los trámites de un juicio ordinario..... se sirva hacer las siguientes declaraciones:

Primera. Que las minas Canadá, Dinamarca, Canario y La Victoria de oro y plata de veta, situadas en el municipio de Los Andes, son de propiedad de la expresada sociedad denominada Compañía explotadora de Minas, las cuales no han sido abandonadas por su dueño relacionado;

Segunda. Que la mina denominada San Francisco, situada en el municipio de Los Andes, avisada y denunciada como de oro y plata de veta y de nuevo descubrimiento por Maximiliano Guerrero para sí y para Moisés Guerrero, Faustino y Manuel Guerrero, ha sido localizada y medida sobre las expresadas minas Canadá, Dinamarca, Canario y La Victoria.

Tercera. Que, en consecuencia, la mina denominada San Francisco y relacionada en la petición anterior, es de antiguo descubrimiento y pertenece a la compañía denominada Compañía Explotadora de Minas;

Cuarta. Que las diligencias de denuncia y posesión de la mencionada mina San Francisco, llevadas a cabo a petición y a favor de los demandados, no tiene ningún valor;

Quinta. Que se condene a Maximiliano, Faustino y Manuel Guerrero y Moisés Guerrero a la restitución material de la mina San Francisco, juntamente con sus frutos naturales, a favor de la compañía expresada, y

Sexta. Que se condene en costas a los demandados si se opusieren a esta demanda".

Este libelo, que sirvió de base al juicio ordinario que se ha desarrollado con independencia de la oposición a que se hizo referencia, fue contestado por los demandados Maximiliano y Moisés Guerrero, quienes manifiestan que se oponen a que se hagan las declaraciones solicitadas y piden que se declare improcedente la demanda. Surtidos los trámites del primer grado, el Juzgado del Circuito de Túquerres profirió sentencia definitiva el 24 de mayo de 1937 haciendo todas las declaraciones suplicadas en la demanda.

Sentencia acusada

Interpuesto oportunamente recurso de apelación por el demandado Moisés Guerrero contra la sentencia del Juzgado, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el cual, luégo de agotados los trámites legales correspondientes, en fallo de 16 de octubre de 1939 revocó la sentencia recurrida y en su lugar declaró improcedente la acción intentada por Otoniel Sánchez.

Esta sentencia definitiva de segunda instancia, contra la cual interpuso legalmente la parte actora el recurso de casación que hoy se decide, se funda en que el demandante Sánchez no acreditó la calidad de socio de la sociedad colectiva en cuyo nombre e interés demandó. Consideró el Tribunal que en esta situación de incapacidad para ser parte el demandante falta uno de los presupuestos procesa-

les o requisito previo indispensable para poder obtener una sentencia de fondo. Y para fundar su conclusión de improcedencia se apoya en varias razones que formula separadamente pero de las cuales la principal y primeramente expuesta es la de que tratándose de una sociedad colectiva de minas, regida por las disposiciones civiles correspondientes a esta especie de sociedad, la compra que Otoniel Sánchez hizo de las acciones de Moisés Guerrero en la Compañía Explotadora de Minas no le dio la calidad de socio porque la ley no permite incorporar de esta manera en tercero a la sociedad y porque en los estatutos sociales se estableció expresamente que los socios fundadores, entre los cuales no figura Sánchez, no podían admitir otras personas como socios sino con el expreso consentimiento de los otros, y en el proceso no hay ningún testimonio de que tal voluntad se haya expresado en favor del ingreso del actor. Agrega, además, el Tribunal, que conforme al contrato de sociedad convinieron todos que solamente el socio Salomón Hurtado tenía el carácter de gerente y presidente de la compañía con facultad de representarla judicial y extranjudicialmente, excluyendo así la intervención de los otros socios para estos efectos. Asienta en seguida el Tribunal que el proceso no da fe tampoco de que el socio vendedor diera aviso de su venta a la sociedad dentro de los quince días subsiguientes por alguno de los medios que señala el artículo 32 de la ley 292 de 1875 para que pudiera hacer uso del retracto legal, ni aparece tampoco que la sociedad hubiera tenido conocimiento oportuno de la venta del socio Guerrero, de todo lo cual concluye que el demandante Otoniel Sánchez no ha comprobado su calidad de socio de la Compañía Explotadora de Minas y no puede, en consecuencia, demandar en esa condición y para la entidad social, como lo hace en su libelo. Advierte finalmente el Tribunal que la circunstancia de que Rubén Montezuma como socio y algunos herederos de Salomón Hurtado, también socio fundador, hayan otorgado poderes para su representación en las instancias, no modifica las anteriores consideraciones y conclusiones porque "ello no puede servir para sustituír ni modificar la persona jurídica y sustancial del demandante", puesto que su intervención no ha sido siquiera de coadyuvancia ni han ratificado lo hecho ni prohijado la demanda en nombre de la sociedad.

El recurso

Se apoya el recurso en las causales 1ª y 2ª de las que establece el artículo 520 del C. J., las que se consideran en capítulos separados de la demanda y en la misma forma en esta sentencia.

En el capítulo primero, en que se acusa la sentencia por ser directamente violatoria de ley sustantiva, se dice que el Tribunal infringió los siguientes textos legales: el artículo 279 del C. de M. porque lo desconoce al no aceptar el saneamiento de la nulidad que establece y al exigir requisitos que en esa disposición no se exigen para la nulidad producida por la falta de aviso de la venta de los derechos de un socio en una sociedad de minas;

El artículo 32 de la ley 292 de 1875 al aplicarlo indebidamente por considerar que es necesario dar el aviso allí exigido y en la forma indicada para sanear la nulidad producida por la falta de ese aviso;

El artículo 275 del C. de M. que establece la enajenación libre de los socios mineros, al declarar nula la venta de Guerrero a Otoniel Sánchez por la falta de aviso, sin demostrarse esta falta, declarando en esta forma una nulidad que no se ha demostrado ni pedido;

El artículo 285 del C. de M. del cual prescindió el Tribunal al desconocerle al actor la calidad de socio de la sociedad Montezuma & Hurtado a virtud de la compra de los derechos del socio Moisés Guerrero y cuyas gestiones para conservar la propiedad de la mina benefician a los demás socios;

Los artículos 1740 y 1741 del C. C. y 2º de la ley 50 de 1936 al declarar el Tribunal en su sentencia de manera oficiosa la nulidad establecida por el artículo 275 del C. de M., que es simplemente relativa y no absoluta;

Los artículos 1757, 1758 y 1759 del C. C. y 593, 597, 601 y 630 del C. J. en que incurrió el Tribunal al dejar de apreciar las escrituras públicas por medio de las cuales Moisés Guerrero vendió al demandante Sánchez sus derechos en la sociedad de minas Montezuma & Hurtado, "incurriendo así en error de derecho al considerar nulas las ventas, y en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos pues no existe deficiencia alguna en esas escrituras".

Los artículos 604, 605, 606 y 607 del C. J. porque el Tribunal hizo caso omiso de los "memoriales y poderes de los socios que obran en los autos" y con los cua-

les se demuestra plenamente el conocimiento que la sociedad tuvo de la venta hecha por Guerrero a Sánchez y que suple legalmente la falta del aviso al tenor del artículo 279 del C. de M.

Se considera:

Según la escritura pública número 271 del 21 de mayo de 1908, otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Pasto y que en copia debidamente registrada forma los folios 127 a 131 del cuaderno principal del juicio, Rubén Montezuma, José Joaquín Meneses, Salomón Hurtado, Moisés Guerrero, Noé y Maximiliano Meneses celebraron contrato de sociedad por medio del cual constituyeron una sociedad colectiva para el laboreo y y explotación de minas en el departamento de Nariño, bajo la razón social de "Compañía Explotadora de Minas". En el mismo instrumento se consignaron reglas de administración y representación y participación y se estipuló que los Meneses y Guerrero no tendrán derecho para admitir a otras personas como socios en la empresa de las mencionadas minas ni sus continuaciones sino con el expreso consentimiento de los socios Montezuma y Hurtado", y se advirtió que los vacíos en el contrato se llenarían con las disposiciones de la legislación colombiana sobre sociedades colectivas. El origen del derecho con que el actor Otoniel Sánchez se ha presentado en este juicio en calidad de socio de la sociedad colectiva Compañía Explotadora de Minas, demandando para ella, se hace provenir de las ventas constantes en las escrituras públicas número 639 de 28 de septiembre de 1911, de la Notaría de Túquerres, y 31 del 28 de enero de 1909, de la misma Notaría, por medio de las cuales Moisés Guerrero vendió a Otoniel Sánchez media acción en elgunas minas que posee la "Compañía Montezuma & Hurtado". Sin advertir la falta de coincidencia en la razón social, consideró el Tribunal que la mera presentación de estos instrumentos escriturarios no era bastante para investir al actor Sánchez de la calidad de socio de la Compañía Explotadora de Minas porque la estructura jurídica de sociedad colectiva que se le dio al contrato social, lo mismo que la expresa estipulación al respecto, no permiten la incorporación de un tercero en la sociedad por el simple acto dispositivo de uno de los socios. Esta es la razón esencial en que se apoya el fallo acusado que concluyó en la improcedencia de la acción por no haber acreditado el demandante la condición jurídica con que demandó.

En los siguientes pasajes de la sentencia está claramente expuesta esta tesis fundamental: "Y no hay constancia alguna en este proceso de que los señores Montezuma y Hurtado hayan dado su voluntad expresa en algún documento, de aceptar al señor Sánchez como socio, requisito sin el cual no puede considerársele como a tal ni gozar de las prerrogativas que le da tanto la ley como el contrato social.

"Se trata de una sociedad colectiva de minas, constituída con todas las prerrogativas y formalidades de la ley minera. Las compañías mineras sean colectivas, anónimas y en comandita se regirán, dice el artículo 252 del C. de M., por las reglas o estatutos que tengan establecidos o aceptados, y en su defecto por las disposiciones sustantivas del C. C. sobre sociedades civiles.

"Nuestra legislación civil al tratar de las obligaciones de los socios entre sí, establece en su artículo 2114, que NINGUN SOCIO, AUN EJERCIENDO LAS MAS AMPLIAS FACULTADES ADMINISTRATIVAS, PUEDE INCORPORAR A UN TERCERO EN LA SOCIEDAD, SIN EL CONSENTIMIENTO DE SUS CONSOCIOS, aunque puede sin ese consentimiento asociarle a sí mismo formándose entonces entre él y el tercero una sociedad particular, que sólo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad. La legislación comercial tiene idéntica disposición con prohibición aún más terminante, pero que no es aplicable al caso minero contemplado.

"En atención a esta prohibición racional y de hondo sentido jurídico, puesta en salvaguardia de los intereses pecuniarios de la sociedad y de los otros consocios, fue que al constituír la sociedad de minas denominada "Compañía Explotadora de Minas", los socios capitalistas Salomón Hurtado y Rubén Montezuma, se reservaron el derecho de dar su consentimiento expreso para cuando uno de los otros quisiera introducir a un tercero como socio, prohibiendo en otra forma la introducción, como consta en la cláusula arriba transcrita. Además, en el mismo contrato social y en la cláusula XVII convinieron todos los socios en que solamente el socio capitalista Salomón Hurtado debía tener el carácter de Gerente y Presidente de dicha compañía con facultad para representarla judicial, extrajudicial y administrativamente, excluyendo así la intervención de los otros socios en los

litigios que se le presentaran a la compañía".

No es visible ninguna equivocación de carácter legal en la exposición de las preinsertas razones fundamentales de la sentencia vinculadas a la naturaleza jurídica de sociedad colectiva de la Compañía Explotadora de Minas aceptada por las partes en el juicio. Las sociedades que elaboran minas, en efecto, pueden ser colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias, de acuerdo con las características legales específicas que corresponden a cada una de éstas denominaciones, y se consideran como sociedades civiles. Las compañías mineras se rigen, de acuerdo con la libertad contractual de nuestro sistema jurídico, por las reglas especiales que se consignan en los respectivos contratos sociales, y a falta de estipulaciones expresas por las normas del código civil. Las disposiciones contenidas en el capítulo XVI del Código de Minas, tienen aplicación de manera especial a las sociedades ordinarias que son las que se forman sin los requisitos necesarios para que se puedan considerar como de las otras clases de sociedad, y que tienen existencia legal no obstante no ser reconocidas por el Código Civil ni por el de Comercio. Estas reglas especiales para las sociedades ordinarias, del capítulo XVI del C. de M. no pueden aplicarse al gobierno y funcionamiento de las demás sociedades sino a falta de disposiciones expresas del contrato y a falta también, en ausencia de estatutos convencionales, de las disposiciones del título XXVIII, libro IV del C. C. La sociedad ordinaria de minas, a la que corresponde mejor el carácter de una comunidad organizada por la ley en vez del de compañía en el sentido civil y mercantil, no se distingue de los socios individualmente considerados, a diferencia de lo que acontece en las sociedades civiles y comerciales en que el principio que domina es que forman una persona distinta de los socios que la componen, con todas las consecuencias que en materia patrimonial se desprenden de esta característica esencial.

Los ataques que contra la sentencia recurrida se formulan en la demanda de casación hacen pie en el quebrantamiento de disposiciones correspondientes a las sociedades ordinarias de minas, inaplicables, por consiguiente, al caso de estudio en que se trata de una compañía colectiva sometida a las reglas especiales de su propia organización y a las legales correspondientes a su especie jurídica. Tal acontece con la cita de los preceptos relacionados con la libertad de los socios para enajenar libremente sus derechos, con el solo deber de avisar a la sociedad de esta venta para dar oportunidad al retracto, bajo sanción de nulidad de la que se haga sin el requisito expresado y sobre la manera de subsanar la nulidad por el hecho de llegar la venta a conocimiento de la sociedad sin hacer uso del derecho de retraer dentro de los términos legales. Es verdad que la sentencia acusada hizo referencia a estas reglas que el Código de Minas estatuye para las sociedades ordinarias, pero sólo de una manera secundaria, sin asentar en ellas las conclusiones principales de la decisión, que reposan, como ya se vio, en la razón esencial de que el demandante Sánchez no tiene la calidad de socio de la Compañía Explotadora de Minas, porque la forma en que dice haber ingresado a la sociedad, no está autorizada por los estatutos sociales ni por las disposiciones legales aplicables a las sociedades colectivas.

Los cargos en casación infundadamente según se ha visto se enderezan todos, contra los fundamentos secundarios de la sentencia, hasta atacarla en concepto de nulidad que se dice fue declarada y que el fallo acusado no contiene en ninguna forma; pero contra la base principal en que se sustenta la decisión del Tribunal no se dirige ningún cargo, ni se señala pertinentemente ninguna disposición como infringida, ni se hace referencia a ningún concepto de infracción, y es claro, de acuerdo con las normas más triviales de la técnica de este recurso, que en estas condiciones la demanda que así no puede trascender al fallo no es apta para producir la casación. El recurso no se da contra los argumentos accesorios del fallo, sino contra aquellos esenciales en virtud de los cuales debe subsistir. Ha sido doctrina constante de la Corte que cuando la sentencia del Tribunal se sustenta en varios motivos y en el recurso deja de acusarse o se acusa sin éxito uno que es suficiente por sí solo para servir de soporte a la decisión, el recurso es ineficaz.

Tal lo que ha acontecido en este caso con la tesis esencial de la sentencia.

También se apoya la demanda de casación en la causal 2ª del artículo 520 del C. J., por no estar la sentencia en conso-

nancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y se hace consistir la incongruencia en que el Tribunal de Pasto declaró improcedente la acción con base en que el demandante Otoniel Sánchez no demostró su calidad de socio de la Compañía Explotadora de Minas, cuando los demandados, según las contestaciones que dieron a la demanda alegaron otros motivos de improcedencia pero no objetaron la condición de socio del actor ni tacharon las ventas que de parte de sus derechos le hizo Moisés Guerrero, en forma que este extremo quedó fuera del debate judicial. Afirma también el recurrente que el Tribunal falló **ultra petita** porque declaró la nulidad de la venta que Moisés Guerrero hizo a Otoniel Sánchez de sus acciones en la sociedad Montezuma & Hurtado, sin que nadie la hubiera alegado ni pedido.

Se considera:

Ya se ha dicho que la sentencia recurrida, que se limitó a declarar improcedente la acción intentada por el demandante Sánchez, no contiene en manera alguna la declaración de nulidad a que se refiere la demanda de casación, de tal modo que el cargo de incongruencia por exceso en este punto no tiene ningún fundamento, ni coincide siquiera con la realidad del proceso.

Respecto del otro concepto de incongruencia, se advierte que una decisión como la que es objeto de este recurso, en que se estimó que había falta de personería sustantiva del actor, esto es, carencia de derecho para intentar la acción, no puede ser tachada justamente de incongruencia por excesiva ni omisa, a que se refiere el motivo 2º del artículo 520 del C. J., sino que lo procedente es, si se considera que la solución del Tribunal no es jurídica, atacarla por la causal primera. El examen de los presupuestos procesales en la parte que representan los elementos constitutivos de la acción que se ejercita, ya estudiando el derecho en sí o ya en relación con quien comparece en juicio reclamándolo, es cosa que corresponde hacer de oficio a los juzgadores como consideración previa indispensable para poder declarar con lugar o no la demanda y sin necesidad de que el reo haya propuesto o alegado la carencia de acción o su improcedencia. Es obligación legal de oficioso cumplimiento que el Juez estudie si se ha justificado o no la acción incoada. En este caso, la falta de la calidad jurídica de socio en el actor que demanda en nombre y para una sociedad colectiva de minas, constituye incuestionablemente un defecto esencial en el ejercicio de la acción que el Tribunal estaba en el deber de apreciar al proferir su fallo. Esta situación determinada por la falta de uno de los presupuestos procesales que impide el pronunciamiento del fallo de fondo no puede confundirse con la que se origina en el hecho de que el demandado no proponga excepciones o hechos que induzcan la inexistencia de la obligación, porque son cosas muy distintas las excepciones o defensas del demandado y las relaciones legales procesales entre las partes que vienen a constituír elementos indispensables que afectan la viabilidad misma de la acción.

Por lo demás, cuando se desecha la acción por improcedente, como ha acontecido en este caso, se falla en realidad el pleito en lo principal y en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandados, quienes opusieron o alegaron al contestar la demanda, como se dejó advertido, la improcedencia de la acción ejercitada contra ellos por el demandante Otoniel Sánchez.

Siendo infundadas completamente, según lo hasta aquí expuesto, las causales alegadas en el recurso, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 16 de octubre de 1939, que ha sido materia de este recurso de casación.

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

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

Liborio Escallón — Isaías Cepeda — Daniel Anzola — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME — PRUEBAS TESTIMONIAL Y PERICIAL Y SUS DIFERENCIAS — MEDIO ARITMETICO

1. El medio adecuado para establecer el justo precio en las acciones sobre rescisión por lesión enorme es el avalúo pericial de la cosa.—2. El medio o promedio aritmético se emplea cuando hay discrepancia entre los peritos principales y el dictamen del tercero se aparta de aquéllos.—3. Aunque del dictamen pericial se dé traslado a las partes y se apruebe, él no tiene por sí la virtud de dar eficacia legal a una prueba que no ha sido surtida legal o debidamente y menos puede llenar los vacíos o irregularidades en que se incurrió al producirla. — 4. Son cosas sustancialmente distintas la prueba pericial y la testimonial. El testigo declara sobre lo que le consta por percepción directa de los sentidos, sobre lo que ha visto u oído, al paso que el perito, quien desempeña un cargo, dictamina de acuerdo con sus conocimientos que deben estar ajustados a los principios de la profesión, arte o ciencia que profese. La exposición de un perito es conceptual, al paso que la de un testigo es la expresión de lo que ha visto u oído y nada más. De donde se deduce que para un avalúo la prueba testimonial no es la indicada; la pertinente es la pericial, que es tan distinta de la testimonial.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Consta de la escritura pública número ocho (8) de diez y nueve (19) de enero de mil novecientos treinta y tres (1933) pasada ante el Notario de Barrancabermeja, que Emilia Torres de Velikanych vendió a Alberto Lineros, por la suma de mil pesos ($ 1,000) el dominio y posesión que aquella tenía en dos casas ubicadas en el expresado municipio.

Tres años más tarde la vendedora demandó al comprador por causa de lesión enorme en la venta y pidió por lo tanto la rescisión del contrato de que da cuenta la precitada escritura.

El Juez del conocimiento que lo es el de Circuito de Barrancabermeja, falló en primera instancia el 12 de diciembre de 1938 accediendo a las peticiones de la parte actora y declarando por lo tanto rescindido el contrato. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en sentencia de 22 de agosto de 1939 confirmó la sentencia del inferior con una reforma.

El demandado interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

La sentencia acusada se funda en esto: Se practicó el avalúo pericial de las casas, los peritos, estuvieron en desacuerdo y no se llamó al tercero. El Juez fijó el promedio entre los dos dictámenes periciales. El Tribunal encontró que la prueba no se había practicado debidamente pero concluyó que los dos dictámenes podían estimarse como declaraciones de testigos que hacen fe sobre el particular. Se expresa así el fallador de segunda instancia: "Así, pues, en este caso, aunque el avalúo de los peritos designados por las partes y puesto en conocimiento de éstas, de conformidad con lo prevenido por el artículo 719 del C. Judicial, no puede considerarse como un dictamen pericial, por falta de intervención del perito tercero, el concepto y estimación de cada uno de ellos sobre la finca en cuyo avalúo no estuvieron de acuerdo, en sentir del Tribunal debe considerarse como prueba testimonial, y de lo que ella resulte es preciso deducir si hubo o no lesión enorme en el contrato".

No obstante esto el Tribunal, casi en seguida, vuelve sobre la cuestión pericial y se expresa así: "Ahora, el avalúo de los peritos no merece objeción ninguna, pues el Tribunal lo encuentra suficientemente fundado".

Apoyado en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial el recurrente estima como violados los artículos 1602, 1757, 1946, 1947 del C. Civil, 593, 596, 601 y 721 del C. Judicial. La parte conceptual de donde deduce el recurrente la violación de esas normas la sintetiza así:

"El Tribunal incurre en dos errores de derecho fundamentales cuando acepta que el justo precio de una cosa puede acreditarse por medio de testigos, y cuando a un dictamen pericial sin las formalidades legales le da el valor de prueba testimonial".

Vistos los fundamentos de la sentencia acusada y los cargos del recurso la Corte considera:

El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende y éste se refiere al tiempo del contrato, artículo 1947 del C. Civil. El medio adecuado para establecer ese justo precio es el avalúo pericial de la cosa, y a esa prueba ocurrió la demandante. Mas ésta no se produjo debida ni legalmente por lo que pasa a expresarse: cada una de las partes nombró su correspondiente perito para el avalúo de las casas; los peritos no estuvieron de acuerdo, luego lo pertinente era o que ellos hubieran designado el tercero o que el Juez lo hubiera nombrado a falta de esa designación; no se hizo ni la una ni la otra cosa y el Juez buscó como promedio el avalúo de los dos peritos principales. Resulta de lo anterior que si por una parte en la producción de la prueba se pretermitió la regla del artículo 716 del Código Judicial, en su apreciación se violó el artículo 721 de la misma obra por cuanto es solo el dictamen uniforme y explicado de dos peritos lo que constituye la plena prueba y el medio o promedio aritmético se emplea cuando hay discrepancia entre los principales y el dictamen del tercero se aparta de aquellos. Este punto ha sido estudiado y decidido por esta Corte varias veces. En sentencia de 14 de junio de 1938 (Gaceta Judicial, Tomo 46 página 786) dijo esta Corporación: "La regla general en los dictámenes periciales es la de que debe verificarse por dos peritos, con la sola excepción que pueda realizarse por uno solo cuando las partes convienen en ello (artículo 705 del C. J.). Este es el mismo criterio que informa el artículo 721 cuando dice que el dictamen uniforme explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba, no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los peritos principales, sino que puede realizarse por éstos, o por un principal y el tercero, quien emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales (artículo 716 ibidem), de modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado, y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba. El que la disposición diga que en caso de desacuerdo se toma el medio aritmético nada dice en contra del aserto anterior y bien por el contrario lo confirma. El artículo 721 del Código Judicial quiso hablar de promedio aritmético, o sea el término medio entre varias cantidades o extremos, lo que técnicamente y así también se entiende en el lenguaje común, está constituído por los extremos divididos por el número de sumandos. Esa ha sido siempre la noción legal de medio aritmético. Para el legislador colombiano de tiempos pasados, como para el de la época contemporánea medio y promedio aritmético tienen la misma equivalencia.

Como el Tribunal aunque estima que la prueba no se produjo debidamente, se apoya no obstante en el dictamen pericial, resulta de todo lo anterior que al proceder así la sentencia violó entre otras normas el artículo 721 del Código Judicial y el 1.947 del Civil, al dar por establecido que con ese dictamen se había demostrado el justo precio de la cosa vendida. No vale el argumento consistente en que del dictamen se dio traslado a las partes y fue aprobado porque el traslado y el dictamen no tienen por sí la virtud de dar eficacia legal a una prueba que no ha sido surtida legal o debidamente y menos pueden llenar los vacíos o irregularidades en que se incurrió al producirla.

El Tribunal dio al dictamen pericial el valor de prueba testimonial y este es otro soporte de su fallo. Incurrió el fallador al proceder así en infracción, por aplicación indebida, de las normas que al respecto cita el recurrente, por cuanto confundió el valor y la eficacia de la prueba pericial con la testimonial lo cual no puede admitirse. El testigo declara sobre lo que le consta por percepción directa de los sentidos, sobre lo que ha visto u oído, al paso que el perito, quien desempeña un cargo, dictamina de acuerdo con sus conocimientos que deben estar ajustados a los principios de la profesión, arte o ciencia que profesa. La exposición de un perito es conceptual, al paso que la de un testigo es la expresión de lo que ha visto u oído y nada más. De donde se deduce que para un avalúo la prueba testimonial no es la indicada, la pertinente es la pericial, que es tan distinta de la testimonial.

Prosperando los cargos contra los fundamentos de la sentencia, debe ésta ca-

sarse. Como en el contrato de venta se fijó un solo precio para las dos casas, es imposible hacer en este fallo ninguna discriminación sobre el particular, de modo que no podría, por falta de fundamento, partirse de la base de que una de las casas tiene determinado precio y otra otro precio correspondiente, lo cual hace imposible, por falta de esa discriminación, faltando un avalúo pericial, atenerse únicamente al avalúo en que los peritos estuvieron de acuerdo. Falta por lo tanto un extremo indispensable, dada la fijación global del precio de las dos casas señalado en la escritura. En cuanto a que el recurrente no haya revalidado una hoja de papel, no es motivo para que la Corte se abstenga de dictar fallo y si es cierto que se corrió traslado al opositor no estando revalidado el papel que ha debido suministrar el recurrente, ese traslado era oportuno porque favorecía al opositor y no al demandante.

La motivación del fallo de instancia ya quedó expresado al estudiar los cargos, motivación que lleva a la absolución de la parte demandada por no haber comprobado debidamente la parte demandante cual era el justo precio de las casas vendidas, extremo necesario para que la acción a que se refieren los artículos 1.946 y 1.947 hubiera podido prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA LA SENTENCIA RECURRIDA o sea la de veintidos de agosto de mil novecientos treinta y nueve dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, REVOCA la de primera instancia de fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta y ocho pronunciada por el Juez de Circuito de Barrancabermeja y en su lugar FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda y absuélvese por lo tanto al demandado de los cargos de ella.

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.

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

ACCIONES DE NULIDAD Y DE REFORMA DE UN TESTAMENTO

1. El cumplimiento de previsiones y disposiciones de orden fiscal respecto de actos o contratos de naturaleza civil y de diligencias judiciales y administrativas viene a ser, en puridad de verdad, cosa simplemente adjetiva y ajena de la esencia del acto o diligencia pertinente, destinada únicamente a la exacción de un impuesto nacional, pero en realidad no hace parte integrante de la naturaleza del acto civil o diligencia del poder público. De manera que su omisión vendría a afectar, en algunos casos claramente previstos en la ley, los efectos judiciales o administrativos llamados a ser producidos por el acto o diligencia, pero en forma alguna a desnaturalizarlos en su esencia y contenido, cuando se les aprecia y considera en sí mismos y hecha abstracción de alguna solemnidad, si bien obligatoria, completamente extraña a su esencia misma. En caso de omisión del pago de los impuestos fiscales de las sucesiones, se procede de conformidad con el inciso 2o. del artículo 68 de la ley 63 de 1936. La prohibición contenida en el mencionado artículo 68 se refiere a los documentos privados, porque sólo documentos de esa índole exigen el reconocimiento. Si tratándose de una escritura pública el Juez no cumple con el deber de dar el aviso al recaudador para el pago de los impuestos fiscales, ello no autoriza el desconocimiento, del mérito probatorio del instrumento. —2. Invocando una persona su condición de hija legítima del *de cujus* el juzgador no puede variar o modificar ese presupuesto procesal para reconocerle, por ejemplo, la condición de hija natural. Cuando, en casos como el de autos, no existe la partida de hijo natural y la exhibida dice que es legítimo y fue sentada con intervención de personas distintas de la supuesta madre natural, esa partida no contiene la confesión de la madre, no hace presumir el hecho del parto y tal acta o partida no puede perjudicarla.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1º—El 27 de noviembre de 1918 fue bautizada una niña nacida el 7 de agosto de 1915, a quien se puso por nombre Beatriz, y en el acta se dijo que era hija legítima de Rodolfo Villamil y Rosa Ramírez. Fueron padrinos Ramón Cifuentes y Rosa Cerón.

2º—Rodolfo Villamil y Rosa Ramírez contrajeron matrimonio el día 20 de julio de 1918, esto es, dos años, once meses y tre días después de la fecha en que dice la partida que nació; y cuatro meses, siete días antes del en que fue bautizada.

3º—El día 1º de febrero de 1935 la señora Ramírez de Villamil, ya viuda, otorgó su testamento mediante la escritura número 244, pasada ante el Notario 1o. de esta ciudad, en la cual hizo la siguiente institución testamentaria: "Instituyo por mi única y universal heredera de la totalidad de mis bienes a mi citada hermana la señora Maximina Ramírez de Alvarez y le encargo que de los bienes que recoja destine la suma de doscientos pesos ($ 200.00) para misas por el eterno descanso de mi alma". Ninguna otra disposición de bienes hizo.

4º—El 20 de septiembre de 1935 falleció la señora Ramírez de Villamil y su sucesión se abrió en el Juzgado 5º Civil de este Circuito. Dentro de dicho juicio se reconoció a la señora Maximina Ramírez de Alvarez como heredera de la causante y como albacea testamentaria con tenencia de bienes, de conformidad con el respectivo testamento.

5º—La menor Beatriz Villamil o Ramírez quiso obtener el reconocimiento de su calidad de heredera dentro del mencionado juicio de sucesión, pero su pretensión le fue negada.

6º—En esas circunstancias y mediante escritura número 3.113, de 27 de noviem-

bre de 1936, corrida ante el Notario 2o. de esta ciudad, Beatriz Villamil o Ramírez enajenó a título de venta, a la señora María Agudelo de Gómez y a don Ramón Cifuentes, en la propoción de un 60 por 100 para la primera y de un 40 por 100 para el segundo, "los derechos que pueda tener respecto a los bienes de la señora Rosa Ramírez de Villamil, con derecho para intentar todas las acciones encaminadas a obtener la nulidad o la reforma de este testamento, haciendo suyo el resultado de tales acciones".

El proceso

En libelo fechado el 10 de diciembre de 1936 María Agudelo de Gómez y Ramón Cifuentes, en su calidad de cesionarios de los pretendidos derechos hereditarios de Beatriz Villamil o Ramírez en la sucesión de doña Rosa Ramírez de Villamil, presentan demanda ordinaria contra la heredera Maximina Ramírez de Alvarez, solicitando se hicieran estas declaraciones: a) Que es nulo el testamento otorgado por la señora Rosa Ramírez de Villamil por medio de la escritura número 244 de 1935; b) Que, en consecuencia, es nulo todo lo actuado en el juicio de sucesión testamentaria de Rosa Ramírez de Villamil, y por lo tanto los actores pasan a ocupar el carácter de herederos ab intestato, como cesionarios de Beatriz; c) Que la demandada sea condenada a restituír todos los bienes de la causante, con sus accesiones y frutos naturales y civiles, como poseedora de mala fe, según lo dispuesto en los artículos 961 y concordantes del C. C.; y d) En subsidio, pide que se ordene y fije (sic) la reforma del testamento, siendo como es legitimaria la persona que les ha cedido los derechos demandados; y en consecuencia, ordene también para la sucesión la correspondiente restitución y reforma del juicio que adelanta la demandada en su carácter de heredera testamentaria.

Agotado el trámite de primera instancia el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia fechada el 29 de julio de 1938, en la cual declaró que Beatriz Villamil o Ramírez, en su calidad de hija natural de Rosa Ramírez de Villamil, tiene derecho a la mitad de los bienes que haya dejado al morir la testadora, previas las deducciones y agregaciones a que se refiere el artículo 1242 del C. C.; en esos términos reforma el testamento que por medio de la escritura 244 de 1935 otorgó la testadora. También declara que María Agudelo de Gómez y Ramón Cifuentes tienen la calidad de cesionarios de los derechos herenciales que a Beatriz Villamil o Ramírez le corresponde como heredera de Rosa Ramírez de Villamil. Niega las demás peticiones de la demanda y declara que no están probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Niega el juez **a quo** las súplicas principales relativas a la declaratoria de nulidad del testamento, porque ellas se fundan esencialmente en el hecho de que "la señora Rosa Ramírez de Villamil sufría de paraplegía cuando otorgó el testamento aquí mencionado, y en relación con la existencia de este hecho solamente se adujo el testimonio del doctor Adriano Torres Echeverría, el que además de no formar por sí solo plena prueba, no expresa afirmación alguna que indique que la testadora tenía ese padecimiento cuando otorgó el testamento; de donde concluye que por carencia de pruebas pertinentes la petición tendiente a obtener la declaración de nulidad del testamento y las demás consecuenciales no pueden prosperar.

Pero, en cambio, el juez de primer grado declara viable la súplica subsidiaria sobre reforma del testamento a favor de Beatriz Villamil o Ramírez, fundándose en que la partida de bautizo agregada a los autos dice que ésta es hija legítima de Rodolfo Villamil y Rosa Ramírez; pero únicamente le reconoce la condición de hija natural de la testadora, al tenor del siguiente párrafo de la sentencia:

"Pero como de las partidas de nacimiento y matrimonio antes citadas aparece que Beatriz nació antes de verificarse el matrimonio de su madre Rosa Ramírez con Rodolfo Villamil, y en los autos no obra prueba alguna que acredite que Beatriz hubiera sido legitimada mediante el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley al respecto, concluye, de conformidad con la presunción establecida por el artículo 7º de la Ley 59 de 1890, relacionada con la declaración que expresa la correspondiente partida de nacimiento de ser Beatriz hija de Rosa Ramírez, que la tantas veces nombrada Beatriz Villamil o Ramírez tiene la calidad de hija natural de Rosa Ramírez, y no la de hija legítima de ésta".

También le reconoció a los actores su carácter de cesionarios de los derechos herenciales de Beatriz, de conformidad con el instrumento respectivo, y de ahí dedujo la legitimidad de la personería con que obraban en autos, rechazando por

ende la excepción de ilegitimidad de la personería propuesta por la parte opositora.

La sentencia acusada

Ambas partes apelaron del fallo anterior, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunció sentencia de segunda instancia el 1º de diciembre de 1939, por la cual revoca en todas sus partes la providencia apelada y en su lugar absuelve a la demandada de los cargos contenidos en el libelo.

En esta sentencia, que viene a ser la materia sujeta al recurso de casación, se abstiene el Tribunal de estudiar el fondo de la cuestión debatida, o sea, el estado civil que en realidad le corresponde a Beatriz Villamil o Ramírez y el parentesco que pueda unirla a la testadora Rosa Ramírez de Villamil, para los efectos de determinar los derechos sucesorales que como legitimaria puedan corresponderle. El Tribunal se limita a decidir sobre la validez del contrato de cesión que de sus derechos hereditarios hizo Beatriz a favor de los actores, para concluír que dicha cesión y el instrumento que la contiene carecen de todo mérito probatorio en el proceso, por no haber en la escritura pública otorgada para ese fin la debida constancia de que se pagaron los impuestos sobre asignaciones o donaciones a que se refiere la Ley 63 de 1936.

De esta manera razona el Tribunal: conforme al artículo 65 de la Ley 63 mencionada los notarios no pueden extender escrituras sobre enajenación total o parcial de derechos sucesorios en general o con radicación en cuerpo cierto, sin que se les presente, para insertarlo en el protocolo, el comprobante de que se ha pagado el respectivo impuesto de asignaciones o donaciones.

El artículo 68 de la misma ley establece que los Registradores no inscribirán en sus libros escrituras o documento alguno que contenga acto, declaración o contrato de los enumerados en los artículos anteriores sin que se les presente la prueba de que ha sido pagado el impuesto. Ni los jueces autorizarán reconocimiento de contenido o firma, ni admitirán como prueba tales documentos, sin el mismo requisito. Toda persona o funcionario a quien lleguen documentos públicos o privados en que se haya omitido el pago, deberá avisarlo al recaudador para que cobre el impuesto correspondiente, revalidando así, con efecto retroactivo, el documento.

El artículo 89 del mismo estatuto enseña que tal impuesto debe hacerse efectivo conforme a la ley vigente en el momento de deferirse la asignación; y el 96 siguiente agrega que esa ley principiará a regir el 1º de mayo de 1936 y sus disposiciones se aplicarán a todos los juicios de sucesión pendientes en el momento de entrar en vigencia. Luego habiendo hecho la enajenación de derechos sucesorales cuando ya estaba en vigencia la Ley 63 de 1936, el respectivo instrumento de venta a los actores no podía extenderse sin que se le hubiera presentado al Notario, para insertarlo en el protocolo, el comprobante de que se ha pagado el respectivo impuesto de asignaciones y donaciones. Y no habiéndose presentado ese comprobante, continúa la sentencia, ni el Registrador debía inscribirlo en sus libros, ni el juzgador admitirlo como prueba (artículos 65 y 68).

De lo dicho deduce el Tribunal la consecuencia de que no está acreditada la personería sustantiva de los demandantes y en esas circunstancias, sin necesidad de otras consideraciones de fondo, debe revocarse el fallo de primer grado y absolverse a la demandada.

El recurso de casación

Interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia el apoderado de la parte demandante y alega como causales para acusarla la primera y segunda de las consagradas en el artículo 520 del C. J., por estimar que es violatoria de ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida e interpretación errónea; por haber incurrido el Tribunal fallador en error de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas; y no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandante.

Primer cargo. La sentencia acusada es violatoria de ley sustantiva por infracción directa. Sostiene el recurrente que la Ley 63 de 1936 principalmente aplicada por el Tribunal, consagra la aplicación de sus disposiciones a las mortuorias causadas y a los juicios de sucesión pendientes al tiempo de su vigencia, pero en ningún caso a los juicios ordinarios destinados a precisar el estado civil de las personas y sus derechos consecuenciales, sobre bienes poseídos por otra en calidad de asignataria o heredera. De manera que el juez de instancia no podía desconocer en este proceso la personería en ninguna de las partes, porque esta misma ley fija la ruta a seguir, ordenando en su artículo 23

la devolución por el fisco o por la persona judicialmente favorecida del impuesto pagado por la otra parte; y ahí estaba además la disposición del artículo 68 de la misma Ley 63, sobre aviso al recaudador del impuesto para que éste cobre lo debido al fisco, revalidando así, con efecto retroactivo, el instrumento o documento en que se halle la omisión.

El artículo 1016 del C. C. sólo ordena la deducción contra el acervo de bienes del difunto y en orden al fisco, de los impuestos que gravaren toda la masa hereditaria.

El Tribunal fallador desoyó los preceptos trascritos, por cuanto sentenció desconociendo la personería de la parte demandada, fundado en una disposición que sólo rige para las mortuorias causadas y los juicios de sucesión pendientes y en ningún caso para los juicios ordinarios que provienen de estas causas; por cuanto la demandada tiene derecho de repetición contra el fisco o contra la persona favorecida, al ser condenada a restituír el total de la asignación o parte de ella; y en fin, porque el Tribunal infringió directamente la ley referente a la prueba, creyendo que ante la falta de pago de cualquier impuesto fiscal puede desconocer la prueba de la personería de una de las partes, no obstante decir la ley expresamente que su deber está en avisar la falta de pago al recaudador para que cobre el impuesto correspondiente, revalidando con efecto retroactivo el documento respectivo.

Estudio de los cargos

Considera la Corte que la acusación anterior debe prosperar en casación. Se funda para adoptar esta decisión en las razones que pasan a exponerse:

1ª Bien sabido es, y así lo ha resuelto la Corte en casos semejantes, que el cumplimiento de previsiones y disposiciones de orden fiscal, respecto de actos o contratos de naturaleza civil y de diligencias judiciales y administrativas, viene a ser en puridad de verdad cosa simplemente adjetiva y ajena a la esencia del acto o diligencia pertinente, destinada únicamente a la exacción de un impuesto nacional, pero que en realidad —se repite— no hace parte integrante de la naturaleza del acto civil o diligencia del poder público. De manera que su omisión vendría a afectar, en algunos casos claramente previstos en la ley, los efectos judiciales o administrativos llamados a ser producidos por el acto o diligencia, pero en forma alguna a desnaturalizarlos en su esencia y contenido, cuando se les aprecia y considera en sí mismos y hecha abstracción de alguna solemnidad, si bien obligatoria, completamente extraña a su esencia misma.

El hecho o circunstancia meramente formalista o procedimental de que se hubiera omitido en el otorgamiento de la escritura número 3113 de 1936, sobre enajenación de los derechos que pueda tener Beatriz en los bienes de doña Rosa, el pago de impuestos sobre asignaciones a que se refiere la Ley 63 de 1936, no puede alcanzar el trascendental resultado jurídico de arruinar y dejar sin el menor efecto la celebración de un acto de la vida civil que, por los demás aspectos, se realizó y perfeccionó con el lleno y cumplimiento de todas las formalidades legales y sin que se hubiera incurrido en causal capaz de producir la nulidad absoluta o relativa del acto. La Ley 63, que se considera violada y sirve de fundamento a la decisión del Tribunal, bien está que se cumpla estrictamente, en defensa del patrimonio fiscal de la Nación y como consecuencia ineludible de su imperio para los asociados; pero conviene advertir que precisamente el mismo legislador tiene adoptadas otras medidas y previsiones tendientes a obtener la defensa de esos intereses fiscales y la efectividad, en cada caso, de los impuestos que deben cobrarse, sin que para alcanzar tan trascendental resultado sea necesario desconocer la voluntad contractual de los particulares, ni el respeto por los actos y contratos que tengan a bien celebrar en ejercicio de la libertad civil que les otorga nuestro sistema legal. Más adelante se verá que la misma Ley 63 contiene medidas tendientes a lograr el fiel pago de los impuestos de asignaciones y donaciones, sin que se requiera el desconocimiento judicial de los instrumentos en que se haya omitido esa formalidad.

2ª El inciso 2º del artículo 68 de la Ley 63 de 1936 es de este tenor: "Toda persona o funcionario a quien lleguen documentos públicos o privados en que se haya omitido el pago, deberá avisarlo al recaudador para que cobre el impuesto correspondiente, **revalidando así, con efecto retroactivo,** el documento respectivo". ((Subraya la Corte).

Salta a la vista que el legislador, al insertar en el estatuto sobre régimen fiscal de las sucesiones y donaciones la anterior proposición jurídica, con imperio obligatorio en su cumplimiento, quiso precisamente dejar a salvo la operancia y vali-

dez del acto o diligencia en que se hubiera omitido, por error o por dolo, el pago del impuesto respectivo. Es evidente que lo único que se propone y que le interesa es impedir el fraude al fisco nacional y la efectividad de tales gravámenes sobre bienes heredados o donados, sin ocasionar una lesión irreparable al interés privado y al libre movimiento y desarrollo de las relaciones patrimoniales entre los asociados. Consideró el legislador en el precepto trascrito que de esa manera podía alcanzar tan importante resultado, sin herir o arruinar la validez y efectividad del acto o contrato o de la diligencia judicial o administrativa, que en su esencia fueran irreprochables. Bastaba en tales casos que el funcionario a quien se presentara un documento de esa naturaleza, en que se hubiera omitido el pago de tales impuestos, avisara al respectivo recaudador, a efecto de que liquidara e hiciera efectiva la exacción impositiva; y en tal evento, ese pago posterior tendría plena operancia, produciendo el importante resultado de revalidar, con efecto retroactivo, el documento pertinente y su contenido. Si podía realizarse el fenómeno de la posterior revalidación, reconociéndole efecto retroactivo, es indudable que el acto era válido en sí mismo y debía producir todos sus efectos, con la única condición de que aun posteriormente se atendiera al pago de los gravámenes fiscales impuestos por la ley.

Y esta solución no ha sido adoptada por el legislador únicamente en lo atañedero a los impuestos de sucesiones y donaciones, sino que también para los fraudes u omisiones en el pago de la renta de timbre nacional. Al efecto, el Decreto-ley número 92 de 1932, que regula esa materia, para evitar todo fraude a la renta de timbre, en sus artículos 7º, 9º y 13º, adoptó medidas eficaces y oportunas similares a la anterior, que aseguran la satisfacción de tal impuesto, sin llegar al extremo de desconocer y anular los documentos que requerían esa formalidad.

3ª Es evidente que los artículos 65 y 68 de la Ley 63 disponen que los Notarios no pueden extender escrituras ni los Registradores inscribirlas en sus libros, respecto de actos o contratos relativos a la enajenación, promesa u opción de enajenación de derechos sucesorios en general o con radicación en cuerpo cierto, sin que se les presente, para insertarlo en el protocolo, el comprobante de que se ha pagado el respectivo impuesto de asignaciones o donaciones. Esa norma debe ser estrictamente obedecida por dichos funcionarios y deben negar su intervención para la celebración de tales actos o contratos, si no se les presenta el comprobante de haberse satisfecho el gravamen señalado. Pero es de rigor concluír, dentro de lógicos postulados de justicia, que si faltan a ese deber y extienden y registran sin ese requisito el acto o contrato respectivo, toda la responsabilidad se desplaza de los interesados o contratantes a la cabeza del Notario o Registrador que ha incurrido en tan lamentable omisión u olvido. El deber lo impone la ley, ante todo, al funcionario que ejerce atribuciones consagradas y respaldadas por el poder público; y no es lógico que su falta o descuido vaya a ocasionar quebranto irreparable tan sólo a los intereses de los particulares.

El artículo 68 agrega que "ni los jueces autorizarán reconocimiento de contenido o firma, ni admitirán como prueba tales documentos, sin el mismo requisito". Considera la Corte que esa norma de conducta impuesta al órgano judicial debe interpretarse de manera amplia y buscando el indudable propósito del legislador, no en la forma restrictiva como lo hizo el Tribunal. Basta examinar detenidamente su contenido para aceptar y concluír que tal prohibición impuesta al juzgador se refiere a los documentos privados, otorgados sin la presencia o intervención de funcionarios públicos en quienes se tiene depositada la fe pública, porque sólo documentos de esta índole exigen el reconocimiento. Para tales casos sí se justifica la prohibición de que sean admitidos como pruebas, porque toda la responsabilidad por la omisión recae exclusivamente sobre los estipulantes o actuarios, sin que pueda desplazarse a los funcionarios autorizados por el poder público para intervenir. Pero es que aun en el caso contemplado por el artículo 68, antes trascrito, lo pertinente es que el funcionario judicial se abstenga de admitir como prueba el documento, hasta tanto que se cumpla el requisito fiscal del pago del impuesto, haciéndolo saber así a las partes litigantes y ordenando el aviso al respectivo recaudador, para la satisfacción del gravamen; pero una vez cumplido el requisito y reparada la omisión, no podría desconocer la existencia del acto o contrato o negarle validez en juicio, dejando sin operancia sus disposiciones y cláusulas.

4ª La escritura número 3113 de 1936, que contiene la cesión o venta de los de-

rechos hereditarios de Beatriz, fue exhibida en este proceso desde la primera instancia, sin que el juzgador de primer grado le hiciera observación o reparo alguno, cuando su deber era hacer la previa declaración pertinente sobre la omisión en el pago del impuesto y dar el aviso al recaudador, según el artículo 68, para que satisfecha tal formalidad tuviera plena revalidación dicho instrumento, con efecto retroactivo. Esta omisión indudable de parte del juez **a quo**, que hubiera podido poner a salvo los intereses del fisco nacional, sin mengua para el acto cuya validez se estudia, no puede redundar en exclusivo e irreparable perjuicio para las partes en el contrato de venta de derechos hereditarios, cuando la misma ley prevee el caso de que pueda alcanzarse el cumplimiento del deber impositivo sin lesionar gravemente la libertad y los derechos patrimoniales de los asociados. Pero si así no lo hizo, no podía desconocerse por esa sola circunstancia el mérito probatorio del instrumento de venta aludido anteriormente, si por otra parte era intachable en cuanto al cumplimiento de los demás requisitos esenciales por nuestra ley para su existencia y operancia.

De lo expuesto anteriormente concluye la Corte que el Tribunal dio una aplicación indebida y una interpretación errónea a las disposiciones de la Ley 63 de 1936 que le sirvieron de fundamento para decidir que no está acreditada la personería sustantiva de los cesionarios demandantes. Como esta consideración jurídica es el único fundamento o soporte de la sentencia acusada, ya que por esa circunstancia se abstuvo el Tribunal de decidir sobre el fondo de la cuestión debatida, se impone el deber de casar el fallo que es materia del recurso, para que al actuar la Corte como Tribunal de instancia imparta la decisión definitiva en este proceso.

Sentencia de instancia

No comparte la Corte ni la tesis ni las conclusiones adoptadas por el juez de primer grado, en la sentencia que puso fin a la primera instancia, y que consisten en aceptar que la cedente de los actores, Beatriz Villamil o Ramírez, ha demostrado suficientemente en juicio que es hija natural de la testadora, y, por ende, tiene derecho a suplicar y obtener la reforma del testamento, como asignataria forzosa. Para separarse de este extremo se funda en las siguientes consideraciones:

1ª Es un hecho indudable en el proceso que la cedente mencionada invoca su condición de hija legítima de Rodolfo Villamil y Rosa Ramírez, y tan cierto es esto, que adujo como prueba de ese carácter la partida de matrimonio de sus pretendidos padres y la partida de bautizo de ella, donde se dejó expresa constancia de que era tal hija legítima. De manera que la litis-contestatio quedó trabada sobre el concepto fundamental de que Beatriz alega e invoca su condición de hija legítima, y los cesionarios actores parten de la base de tal estado civil al instaurar su acción.

Así planteada la litis, el juzgador no puede variar o modificar el presupuesto procesal relativo a la personería de la parte actora y reconocer en juicio un estado civil distinto del que ésta invoca en el proceso. Bien es verdad que en casación esa parte litigante hace la afirmación de que la cedente no es hija legítima sino natural, pero tal declaración hecha fuera de la oportunidad procesal y de su diálogo probatorio no puede tener eficacia alguna para modificar esa situación voluntariamente creada por el demandante. Mucho menos tratándose de una situación extramatrimonial y jurídicamente irregular, que impone la petición inequívoca de la persona que aspira a tener ese carácter y condición.

2ª Si se niega a un demandante, en juicio, su calidad de hijo legítimo, por no haberse evidenciado tal estado civil, no puede el juzgador oficiosamente entrar a investigar, ni menos a decidir, si el pretendido hijo legítimo no ha demostrado tal carácter, pero en cambio y con los mismos elementos le corresponde la situación de hijo natural, porque de esa manera podría consagrarse el absurdo jurídico y procesal de que el que no es hijo legítimo de una persona puede resultar en el proceso con un estado civil distinto del solicitado o alegado.

3ª Aceptándose por vía de estudio y de simple controversia que no tienen suficiente valor los anteriores argumentos, puede agregarse que si la partida de bautizo de la cedente no la acredita como hija legítima, menos puede servir para considerarla como hija natural, por la sencilla razón de que tanto en la forma como en el fondo son esencialmente distintas y tienen diverso valor probatorio las actas relativas a esos dos estados. En efecto, la partida de bautizo de una persona como hijo legítimo no le da ese carácter sino en cuanto demuestre el opor-

tuno matrimonio de sus padres, y es entonces cuando se acepta la legitimidad, en virtud de la presunción "pater is est quem nuptiae demostrant". En la partida de bautizo de un hijo natural se tiene en cuenta, ante todo, la confesión que hace la madre de ser su hijo o el padre de reconocerlo como tal, y entonces se presume que es cierto el hecho físico del parto. Pero cuando, como en el caso presente, no existe la partida de hijo natural y la exhibida dice que es legítima y fue sentada con intervención de personas distintas de la supuesta madre natural, esa partida no contiene la confesión de la madre, no hace presumir el hecho del parto y tal acta o partida no puede perjudicarla. En forma tal, que apenas atestigua la declaración hecha por las personas que llevaron a la niña a bautizar; pero no es bastante, en casos como éste, por sí sola para establecer la maternidad respecto de la persona a quien se le atribuye.

4ª Pero hay más: para que la cedente pudiera reputarse como hija natural hubiera sido necesario que la partida eclesiástica apareciera sentada en la forma y términos que dispone el derecho canónico, en el canon 777, que prescribe que cuando se trate de hijos ilegítimos, el nombre de la madre será expresado si su maternidad consta públicamente, o si ella misma de modo espontáneo lo pide por escrito o delante de dos testigos. Es sabido que un acta eclesiástica sobre estado civil tiene valor, pero en cuanto haya sido sentada de acuerdo con las reglas del Derecho Canónico, lo cual no aparece demostrado en autos, puesto que ni se ha exhibido partida de hija natural, ni consta en forma alguna que la supuesta madre haya pedido la inscripción de tal partida, ni menos consta su maternidad de manera pública. Lejos de esto, hay una serie de testimonios en los autos que contradicen la afirmación de que la testadora hubiera tenido hijos nunca, ni que para la fecha que expresa la partida que nació Beatriz hubieran visto o conocido en la madre síntomas de maternidad o hechos demostrativos del parto. También la pretendida madre declara en su testamento que no deja descendencia y tal manifestación en un acto solemne de última voluntad, llega a tener una gran significación probatoria de carácter negativo, que unida a las demás circunstancias antes expresadas concurren a dejar inválida la tesis de la supuesta maternidad ilegítima. Sería un caso bien extraño que una mujer al morir negara a su hija; de modo que para destruír esta presunción de verdad es necesario que quien lo pretende establezca el hecho contrario con plenitud probatoria.

De todo lo dicho concluye la Corte que para declarar que un hijo es legítimo o natural necesita el juzgador tener a la vista la plena demostración de esos estados y en el caso presente esa convicción legal no existe. Lo ocurrido realmente es que la cedente no pudo evidenciar su calidad de hija legítima, con cuya personería se instauró la acción, y en esas circunstancias menos ha podido demostrar que es hija natural. Es muy significativo que en la escritura número 3113 de 1936, sobre venta de los pretendidos derechos herenciales, no dijo ni expresó Beatriz que lo hacía en su carácter de hija legítima o natural de la testadora, sino que en forma ambigua expresó que vendía "los derechos que pueda tener respecto a los bienes de la señora Rosa Ramírez de Villamil", pero sin manifestar qué condición alegaba para hacer esa venta. Y no estando evidenciado tal carácter de hija natural de la cedente, los cesionarios actores carecen de la personería suficiente para suplicar la nulidad o la reforma del testamento, por faltarles interés jurídico en los resultados del proceso. Se impone, por lo tanto, considerar demostrada la excepción de ilegitimidad de la personería de la parte actora y absolver a la demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día primero de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, y previa revocatoria de la dictada por el Juez Séptimo Civil de este Circuito, en veintinueve de julio de mil novecientos treinta y ocho, absuelve a la demandada de todos los cargos del libelo.

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.

Liborio Escallón — Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—El Conjuez, **Tancredo Nannetti. — Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

RECURSO DE CASACION

El recurso de casación puede interponerse en el acto mismo de la notificación de la sentencia de segunda instancia, sin que sea necesario un escrito especial o un memorial *ad hoc*. La manifestación de interponer el recurso en el acto de la notificación, es un *escrito* conforme al art. 522 del C. J.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el juicio ordinario de Argemira Guzmán contra la sucesión de José Antonio Padilla, el Tribunal Superior de Ibagué negó el recurso de casación contra su sentencia de segunda instancia que al notificársele ésta manifestó interponer el apoderado de la demandante, doctor Jorge Altuzarra Lezama, quien recurre de hecho contra tal negativa.

Esta se funda, no en que la naturaleza del negocio o su cuantía se opongan, pues a estos respectos no hay óbice para conceder, sino en que no se formuló memorial con tal fin y el recurrente se limitó a la manifestación antedicha. Entiende el Tribunal, escuchando los reparos de la contraparte contra la concesión pronunciada inicialmente en auto infirmado por el que motiva el presente recurso de hecho, que aquello es procedente para apelar, según el C. J. en su artículo 324 **in fine**; pero no para la casación, reglamentada en forma especial y por lo mismo prevalente en forma que, al tenor del artículo 522, ibídem, este recurso se interpone por medio de un escrito dirigido al Tribunal sentenciador.

Estima la Corte que hallar en esa frase "por medio de escrito" un mandato ante el cual un memorial **ad hoc** sea indispensable, es algo ocasionado a sacrificar el derecho a la forma, contra los fines de la justicia (C. J., artículo 472); a tiempo que, por otra parte, aun dentro de esa rigidez, no puede negarse que la manifestación de interponer el recurso hecha en el acto de la notificación, reviste en realidad la interposición del requisito de ser por escrito dirigido al Tribunal, quien ha de ser quien decida al respecto. La exigencia de aquel artículo 522 es la de que no haya duda sobre que el recurso se interpone, pues mal podría darse por interpuesto mediante suposiciones o conjeturas, y no puede interpretarse de manera que existiendo inequivocamente tal manifestación, pueda tenerse ésta por no hecha, como sucedería decidiendo sólo ante la falta de un memorial separado, el que, además, no podría más ni menos que consignar por escrito lo mismo que el abogado dijo y escribió en la citada diligencia de notificación del fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, concede el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de catorce de septiembre último pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al que se oficiará en solicitud del expediente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO Y OTRAS

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El cinco de octubre de mil novecientos treinta y siete presentó José Alejandro Ayala, ante el Juez 6o. Civil de este Circuito, demanda ordinaria contra el Sindicato de la Aguja, de esta ciudad, y pidió que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que soy dueño del jardín, huerto de hortalizas, árboles frutales, el kiosko y demás mejoras que hay dentro del lote determinado por su ubicación y linderos en la parte histórica de esta demanda.

Segunda. Que la parte demandada está obligada a pagarme el valor de los productos de los expresados jardín y huerto a partir del primero de enero de mil novecientos treinta y uno hasta la fecha de admisión de esta demanda, o sea el valor total de cada cosecha, valor que se determina por los peritos en este juicio, junto con sus intereses legales a partir del día siguiente al en que la parte demandada dispuso de ellos, hasta el día de la solución completa de la deuda.

Tercera. Que la parte demandada debe pagar las costas de este juicio.

Todo dentro de los tres días de la ejecutoria del fallo.

En subsidio de las declaraciones que preceden, pido que usted haga las siguientes:

Primera. Que el demandante tiene derecho para que la parte demandada le pague:

a) El valor de su trabajo personal a razón de dos pesos diarios a partir del día primero de septiembre de 1929, hasta el día del pago;

b) El valor de las semillas de flores, hortalizas, árboles frutales y demás plantas que se hallan dentro del predio urbano atrás determinado;

c) El valor del kiosko y de los jornales empleados por el demandante desde el primero de septiembre de 1929, hasta el día del pago por parte de la parte demandada, junto con los intereses legales;

d) Que la parte demandada debe pagar al demandante el valor de las vacaciones anuales, tal como lo indican las leyes del trabajo;

e) Que la parte demandada debe pagarle al demandante el valor de la indemnización debida por motivo de las enfermedades que contrajo en los trabajos indicados, al tenor de las mismas leyes;

f) Que la parte demandada debe pagarle al demandante las costas de este juicio.

Segunda. Que la parte demandada debe hacer los pagos de que trata este fallo dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del mismo, junto con las horas de mis servicios extraordinarios".

Surtida la tramitación de la primera instancia, el Juez del conocimiento decidió el asunto por sentencia de fecha catorce de julio de mil novecientos treinta y ocho, en la cual absolvió a la parte demandada de los cargos de la demanda y condenó en costas al demandante, fundándose en que no se había traído a los autos la prueba de la existencia legal del Sindicato de la Aguja.

Apelado este fallo por el actor y agotados los trámites de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó la sentencia de veinte de octubre de mil novecientos treinta y nueve, por medio de la cual confirmó, por otras razones, la del Juez a quo y condenó en costas al apelante.

El Tribunal encontró, en primer lugar, que en la segunda instancia se subsanó la deficiencia de la prueba relativa a la inexistencia legal de la parte demandada y a la personería de su representante en juicio. De consiguiente, entró a estudiar el fondo del negocio.

La sentencia hace un estudio detenido de la demanda de Ayala y de las peticiones en ella formuladas, y analiza ampliamente las pruebas presentadas por ambas partes, de todo lo cual concluye que no está probada ninguna de las pretensiones del actor.

Dice en síntesis la sentencia:

Ayala pretende el reconocimiento de

dominio, en su favor, de los edificios, mejoras y plantaciones de flores y hortalizas que él asegura que construyó y sembró en el lote de terreno que como arrendatario tenía en su poder el Sindicato de la Aguja, basándose en el concepto de la accesión de cosas muebles a inmuebles, pero como esa acción sólo la tiene el dueño del terreno, conforme a los artículos 713 y 739 del Código Civil, y, además, no aparecen debidamente probados los hechos alegados por Ayala, no puede prosperar la primera petición principal de la demanda.

Respecto de la segunda petición principal, dice la sentencia que "en concepto del demandante, las obras realizadas en el inmueble de que es beneficiario el Sindicato de la Aguja, lo fueron por cuenta directa del actor Ayala, quien compraba las semillas y materiales, atendía la mano de obra, etc., todo con dineros de su exclusiva propiedad. En cambio, sostiene la entidad demandada que los cultivos y obras efectuados por Ayala lo fueron como simple dependiente del Sindicato, el que contrató sus servicios de jardinero y se los reembolsó oportunamente.

El Tribunal, después de un acertado y concienzudo análisis de las pruebas aducidas por ambas partes, llega a la conclusión de que tampoco es procedente la segunda petición principal de la demanda.

Fundándose en las mismas pruebas y en razones análogas, encuentra el Tribunal que no son viables las condenaciones subsidiarias pedidas por el actor, sobre pago de su trabajo, de jornales de obreros empleados, vacaciones, semillas, abonos y demás reclamaciones formuladas por Ayala, "porque aparece que el citado Ayala trabajó por cuenta del Sindicato, recibiendo de éste los salarios acordados, y que sus funciones no eran las de un empleado sino las de un simple obrero".

Por último, dice el Tribunal:

"Y como de autos no aparece debidamente demostrado que las enfermedades sobre que con tánta ligereza deponen los testigos hubieran sido contraídas en el trabajo, ni por razón de él, resulta inoficioso entrar en el estudio de la otra petición sobre auxilios de enfermedad".

Apoyado en las consideraciones de que se ha venido hablando, el Tribunal confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia.

El recurso

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el señor apoderado del actor.

La demanda respectiva, que se aparta por completo de la técnica de casación, es en extremo inarmónica y confusa, por lo cual se hace muy difícil su interpretación.

Dice el recurrente que señala como motivos o causales de casación los ordinales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial, pero aunque cita muchas leyes y artículos, tanto del Código Civil como del Judicial, no indica en forma clara y precisa los fundamentos de las causales alegadas, ni cuáles son propiamente los preceptos violados.

No obstante, se pasa a hacer el estudio correspondiente.

Puede decirse que el escrito por medio del cual se fundó el recurso, se encamina a sostener que la sentencia incurre en errores de hecho en la apreciación de la demanda, de los hechos y de las pruebas, de modo manifiesto, y en graves incongruencias.

Pretende el recurrente que la sentencia viola los artículos 950 y 951 del Código Civil, en los cuales no se apoyó la demanda, ni los alegatos de instancia, pues no fue la acción reivindicatoria la iniciada por el demandante. Dicha pretensión constituye un medio nuevo en casación, que no sería aceptable conforme a la jurisprudencia de la Corte, a lo que se agrega que no habiendo podido probar el actor el dominio que pretende de las cosas objeto del pleito, como no pudo probarlo, según se deduce claramente de todas las pruebas presentadas y del análisis que de ellas se hace en la sentencia, no es procedente la afirmación de que se violaron tales artículos, por no haberlos aplicado.

Tampoco puede aceptarse el cargo de que la sentencia viole todas las leyes y artículos que de modo impertinente cita el recurrente, ni que incurra en errores de hecho que resulten de manifiesto, ni en incongruencia de ninguna clase.

Lo que sucede es que el actor no logró probar ninguna de sus pretensiones, ni ninguno de los hechos de la demanda.

Atrás se vio que el Tribunal hizo un estudio prolijo, cuidadoso y ajustado a la ley de todas las probanzas presentadas, estudio que no han logrado desvirtuar los razonamientos del recurrente, quien no ha demostrado que el Tribunal incurriera en error de derecho, ni en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Aunque el recurrente cita como causal de casación el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., y en alguna parte dice que la sentencia tiene graves incongruencias, nada concreto alegó sobre estos puntos, y a la Corte le basta, para contestarlos, decir que siendo la sentencia absolutoria los cargos aludidos no son procedentes.

Es suficiente lo dicho para concluír que no pueden aceptarse los cargos formulados por el recurrente, y que, en consecuencia, no debe casarse la sentencia acusada.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veinte de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El 31 de agosto de 1937 la señorita Eva Feldman, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria ante el Juez 1º Civil de este Circuito contra la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (SCADTA), y pidió que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

"Primera. Que la Sociedad Anónima denominada "Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos" (SCADTA), con domicilio en Barranquilla y en Bogotá, no cumplió el contrato de transporte y seguro celebrado con la señorita Eva Feldman en Bogotá el día veinticinco de julio de mil novecientos treinta y tres, por medio del cual la Sociedad demandada se comprometió y obligó para con mi mandante a transportar dos cuadros artísticos de gran valor ejecutados por el artista alemán Johan Zoffany, de Bogotá a New York, bajo la responsabilidad de la referida Sociedad, previo contrato de seguro y pago de cuota correspondiente, especificados los cuadros referidos con las denominaciones de LA SERENATA y EL PRIMER DISGUSTO.

"Segunda. Que en virtud del incumplimiento del contrato de transporte y seguro a que se refiere la petición anterior, la Sociedad Anónima denominada Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (SCADTA), con domicilio en Barranquilla y en Bogotá, está obligada a pagar, seis días después de la ejecutoria de la sentencia, a mi mandante, señorita Eva Feldman, la cantidad de sesenta mil pesos moneda corriente ($ 60,000.00), suma en la cual la señorita Eva Feldman y yo estimamos los perjuicios causados a ella por la Sociedad demandada con el incumplimiento del contrato de transporte y seguro de que trata la primera petición de este libelo, o la suma que se fije por peritos en la forma legal.

"Tercera. Que si la Sociedad demandada se opone a esta demanda se le condene en las costas procesales".

La demanda le fue notificada al señor Hermann Kuehl, como representante de la sociedad demandada, pero dicho señor se negó a firmar la notificación y no la contestó, ni se hizo parte en el juicio.

El Juez del conocimiento puso fin al negocio por sentencia de fecha cinco de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, por medio de la cual absolvió a la sociedad demandada de los cargos que se le formularon.

Apelado el fallo por la parte demandante y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó por sentencia del veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta sin condenar en costas.

El fallo de primera instancia se funda, de un lado, en que no aparece probado que la demandante, como cargadora, consignante o remitente pagara el valor del transporte de las mercaderías, y, de otro, en que conforme a los artículos 300, 303 y 309 del Código de Comercio sólo el consignatario tiene acción para exigir al porteador la entrega de las mercancías, o la correspondiente indemnización por la avería de ellas, de donde dedujo el juzgador que la demandante carecía de personería suficiente para iniciar el juicio.

El Tribunal, apoyado en los artículos 283, 286 y 289 del Código de Comercio, refutó las razones en que se fundó el Juez para sostener que la remitente no tenía derecho para iniciar el pleito y concluyó que sí podía iniciarlo, pero estimó que no habiéndose pagado el valor del transporte, ni habiéndose dado por la remitente el aviso escrito de que habla la cláusula 24 del contrato de transporte, no podía exigir que se entregara la mercancía en New York, ni que se retornara a esta ciudad, para su entrega a ella, ni que se le pagara la correspondiente indemnización por los daños o averías que la demandante asevera que sufrieron los cuadros objeto del transporte. En consecuencia, por tales razones confirmó la sentencia absolutoria.

El recurso

Tres son los cargos que alega la recurrente contra la sentencia acusada:

a) Violación de la ley sustantiva, por errónea interpretación del artículo 313 del Código de Comercio, e indebida aplicación del mismo al caso del pleito.

b) Violación del artículo 8º de la Ley 52 de 1919, por infracción directa y falta de aplicación; y

c) Violación de los artículos 6º y 1604 del Código Civil, en armonía con los 298 y 299 del Código de Comercio, y con el 8º de la Ley 52 de 1919.

Se pasa a analizar tales cargos.

a) Sostiene el recurrente que la demanda no se estableció con el fin de pedir que se indemnizara a la actora los perjuicios resultantes de la avería que ella dice que sufrieron los cuadros objeto del contrato de transporte, sino para que se declarara que la sociedad demandada no cumplió el contrato, por lo cual debe condenársele a pagar los perjuicios ocasionados por ese incumplimiento, y que, por lo mismo, no son aplicables al pleito lo estipulado en la cláusula 24 del contrato de transporte, ni lo dispuesto en el artículo 313 del C. de Co., que se refieren únicamente al caso de avería de las mercancías transportadas.

Agrega que el artículo 313 citado hace alusión a mercancías que se han recibido pero que no obstante observarse al tiempo del recibo que han sufrido sustracción o daño, no se formula oportunamente la reclamación respectiva, y que ese artículo establece una prescripción de corto plazo al respecto, que en ningún caso puede declararse de oficio. Considera el recurrente, además, que el mencionado artículo es aplicable a los empresarios particulares de transportes, pero no a los empresarios públicos.

b) Alega el recurrente que la sentencia violó el artículo 8º de la Ley 52 de 1919, por no haberlo aplicado, cuando en su concepto es aplicable al caso del pleito, porque dice que la sociedad demandada es un empresario público de transportes y no un empresario particular, al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 del C. de Co. Que, por lo tanto, no son válidas las cláusulas como la 24 de la carta de porte, que tiende a limitar los deberes o la responsabilidad que tienen los porteadores públicos, conforme a las leyes.

c) Dice el recurrente que el artículo 1604 del C. C. sienta los fundamentos de la responsabilidad contractual y que la doctrina general de dicho artículo se aplica al contrato de transportes ajustado con empresarios públicos, sin perjuicio de las responsabilidades especiales que la ley impone al porteador, o de las que éste acepte conforme al contrato. Que la culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad contractual, por violación de la ley, de los reglamentos o de las obligaciones contractuales.

Dice también que el artículo 6º del mismo Código hace nula toda cláusula contractual que vaya contra expresa prohibición de las leyes, y las que hacen írrita la responsabilidad del porteador, como las que en tal sentido inserta la SCADTA en la carta de porte que obra en autos, cláusulas que el recurrente considera nulas porque el porteador es un guardián de la cosa que transporta y no puede asumir la calidad de guardián de dicha cosa hasta su entrega al consignatario o a su dueño, y al mismo tiempo rehuír la responsabilidad consiguiente, y porque el artículo 8º de la Ley 52 de 1919 prohíbe a los empresarios públicos de transportes que en los reglamentos, conocimientos de embarque o billetes hagan figurar cláusulas algunas limitativas de sus deberes, o de la responsabilidad que las mismas leyes les imponen, y que, aunque las hagan constar, no por eso quedarán exentas de indemnizar a los cargadores por las pérdidas, faltas o averías que sufran sus cargamentos.

Agrega que dichas cláusulas son igualmente nulas en presencia de lo dispuesto en los artículos 298 y 299 del C. de Co., según los cuales el porteador no descarga su responsabilidad con simple ausencia de culpa, sino demostrando que hubo fuerza mayor o caso fortuito no imputables a él, a sus dependientes o en general a su empresa, de todo lo cual deduce el recurrente que el Tribunal desconoció y violó ostensiblemente los preceptos citados al limitarse a fallar el asunto por la sola doctrina del artículo 313 del C. de Co., artículo que también interpretó y aplicó erróneamente, porque él no se refiere a los empresarios públicos de transporte sino a los empresarios particulares.

La Corte considera:

Antes de entrar a estudiar a fondo los cargos formulados contra la sentencia acusada, conviene dejar establecido claramente cuál fue el objeto del pleito.

Según las peticiones de la demanda, que atrás se copiaron, el juicio tuvo por únicos fines el que se declare que la socie-

dad demandada no cumplió el contrato de transporte de unos cuadros, de Bogotá a New York, y el que, en consecuencia, se le condene a pagar a la demandante los perjuicios ocasionados por el no cumplimiento.

No obstante, el señor apoderado de la demandante, tanto en los hechos en que fundó la demanda como en los alegatos presentados, se extiende en largas consideraciones tendientes a demostrar que los cuadros se dañaron en el transporte, por lo cual el porteador debe responder de los daños causados, y se refiere a una larga y complicada leyenda de constitución de sociedades para explotar minas de mica, oro, estaño, etc., y para la exportación de quina, sociedades que la demandada no pudo constituír por no habérsele entregado oportunamente los aludidos cuadros.

El juicio en sí es bien sencillo, aunque se quiso complicarlo innecesariamente.

Según las cartas de porte, o conocimientos de embarque aéreo números A 0600 y A 0851, que figuran en autos, la señorita Eva Feldman entregó a la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (SCADTA), en Bogotá, el 25 de julio de 1933, dos cuadros o retratos al óleo, consignados a favor de la Pan American Airways, Inc., de Miami, para ser entregados a Exchange Bank & Trust Cº, Fordham Road Branch, Bronx, New York. El valor de cada cuadro se estimó en $ 2,500 moneda colombiana, pues no consta que fueran dollars, como sostiene el señor apoderado de la demandante, y cada uno pesaba 1 kilo, 900 gramos. Tampoco consta en parte alguna, como lo afirma el mismo apoderado, que se celebrara contrato de seguro de dichos cuadros. Aparece que el flete de cada cuadro, de Bogotá a Miami, valía $ 24.75 y que sería pagado por el destinatario. No se sabe cuánto debía valer el flete de Miami a New York.

En el hecho 6º de la demanda se afirma que "los cuadros iban destinados a los señores Wm. J. Bonisteel y Am. Baron, de New York, quienes los recibirían y pagarían el transporte a la sociedad transportadora, e inmediatamente los pondrían a la venta, y vendidos remitirían el precio a la señorita Eva Feldman a Bogotá".

Nada de esto consta en las cartas de porte, ni aparece probado en forma alguna. Ya se vio que de acuerdo con aquéllas los cuadros iban destinados a Exchange Bank & Trust Co., de New York.

No existe prueba alguna en el expediente de que el destinatario, el Exchange Bank & Trust Co., se presentara en New York a pagar el valor del transporte de los cuadros y a exigir la entrega de ellos a la sociedad transportadora, y de que ésta se hubiera negado a entregarlos, ni resulta probado que los cuadros se dañaran en el transporte. Tampoco aparece demostrado que ofrecieran pagar el flete y los reclamaran los señores Wm. J. Bonisteel y Am. Baron, de que habla la demandante.

En cambio, no sólo consta en las cartas de porte que el flete debía ser pagado por el destinatario, sino que no se ha comprobado que fuera pagado, y el señor apoderado de la demandante dice en su alegato de conclusión de la primera instancia:

"Como el contrato se hizo contra pago de transporte por los consignatarios en New York, al momento de que la sociedad transportadora entregara los cuadros, debía primero verificarse la entrega de ellos, en buen estado, y luégo hacerse el pago del transporte. No puede, pues, alegarse que la señorita Feldman estuvo en mora de pagar el transporte".

"Como ya dije, los cuadros se rompieron o deterioraron durante el viaje de transporte, la sociedad transportadora no quiso entregarlos a los destinatarios y por el contrario ordenó, por sí y ante sí y sin consentimiento de la consignataria, la venta por lo menos de uno de ellos, según consta de carta de fecha 24 de agosto de 1934, dirigida por la sociedad demandada al doctor Jorge Méndez Valencia".

"La señorita Eva Feldman fue por varias veces a las oficinas de la sociedad demandada en Bogotá, a pedir que le devolvieran sus cuadros y a ofrecer que ella consignaría en un Banco de la ciudad el dinero suficiente para el pago de los transportes, dinero que podría retirar la sociedad transportadora tan pronto como los cuadros llegaran a Bogotá nuevamente y se le entregaran en el perfecto buen estado en que ella los consignó, según consta de las declaraciones de los señores Antonio M. Rosillo y Nemesio Liehtman, rendidas ante el señor Juez 6º Municipal de Bogotá y ratificadas en el curso del presente juicio".

Como la sociedad demandada no se hizo presente en el juicio, ni ha aducido defensa alguna, es difícil saber a fondo lo que ocurriera con los mencionados cuadros.

Sin embargo, obran en el expediente,

presentadas por la parte demandante, algunas cartas que explican bastante lo sucedido.

El doctor Jorge Méndez V., en carta del 2 de marzo de 1934, dirigida a la SCADTA, dijo:

"La señorita Eva Feldman me ha recomendado para recabar de esa compañía el favor de hacerle regresar a esta ciudad los cuadros a que se refiere el embarque número 0,851, expedido a favor de ella el 25 de julio del año pasado, en la seguridad de cancelar aquí cualquier cuenta al recibo de los cuadros.

"Es entedido que ese recibo lo hará la señorita si los cuadros estuvieren en las mismas buenas condiciones en que fueron entregados al tiempo del embarque, y a satisfacción de ella".

A esta carta contestó la SCADTA con la suya del 5 de marzo de 1934, modificada en parte el 24 de agosto del mismo año, así:

"Acusamos recibo de su carta de hoy y en contestación a ella nos permitimos informar a usted que la Pan American Airways, Inc. probablemente ha vendido, entre tanto, uno de los retratos, pues la señora Feldman no ha pagado los fletes para el transporte de New York a Bogotá, ni de Bogotá a New York.

Del producto de la venta en cuestión la Pan American Airways, Inc., deducirá los fletes por pagar, o sea la suma de U. S. $ 68.76 y depositará cualquier excedente eventual a favor de la señora Feldman en un banco neoyorkino, a su disposición.

Naturalmente, es imposible ordenar el despacho de los retratos nuevamente de New York a Bogotá, sin que haya sido pagado el flete restante y los gastos de transporte para enviar por segunda vez uno de los retratos de New York a Bogotá".

De otro lado, la cláusula 13 de las cartas de porte dice:

"La totalidad de lo debido a los porteadores por el transporte de las mercancías al punto (B), ya fuere prepagado o quedare por recaudar, así como cualesquiera sumas adicionales que llegaren a deberse a cualesquiera de los porteadores, más todos los honorarios, derechos, impuestos, cargos, desembolsos y pagos hechos o incurridos por cualesquiera de ellos (exclusive lo que cualesquiera de los porteadores tuviere que sufragar bajo el presente contrato), se estimarán ganados, plena e irrevocablemente, no obstante el que las mercancías fueren o no perdidas, averiadas, o llegadas al punto (B), y se estimarán debidos y pagaderos en cualquier etapa del servicio objeto de este contrato, siempre respondiendo del pago de los mismos el despachador y el dueño de las mercancías, individual y solidariamente, debiendo liquidarse su importe antes de la entrega o trasbordo de las mercancías, y subsistiendo por tal concepto, hasta su total cancelación, el gravamen sobre las mercancías a favor de los porteadores".

Pertenecen a la sentencia de primer grado los párrafos que a continuación se copian:

"En estos términos, si por la carta de porte se deducen todas las cuestiones que se susciten acerca de las condiciones y cumplimiento del contrato, bien puede concluírse que la despachadora y dueña de las mercancías contaba, al tenor de la cláusula copiada (13), con la obligación expresa de pagar o hacer abonar el importe total del transporte antes de la entrega o transbordo de la mercancía, so pena de quedar gravada ésta a favor de los porteadores hasta su total cancelación".

"Siendo lo anterior así, la situación de la demandante es bastante difícil, como quiera que para la efectividad de su obligación era de rigor para ella un hecho anterior, el de que hubiera pagado el precio del transporte, pero no aparece ni siquiera que hubiera estado lista. No basta para esto remitirse a lo dicho por los testigos presentados por la parte demandante en el término de prueba, en el sentido de que la consignante ofreció pagar, pues para esta intención se requería el acto mismo, cual habría sido consignar a la cuenta de la compañía transportadora, si ésta no hubiera querido recibir, el valor de lo causado, más el aproximado del regreso de la mercancía".

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro contratante no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

"No constituído en mora el demandado, el hecho imputado por la demandante, de la no entrega, con base para la acción de perjuicios, aparece desprovisto de fundamento".

"Es cierto que el artículo 310 del Código de Comercio consagra que pasadas veinticuatro horas desde la restitución de las mercancías, el porteador puede cobrar el precio convenido y los gastos que

hubiera hecho en favor de ellas, pero esta disposición cede su primacía ante lo que aparece como pactado en la carta de porte. Es decir, que si por la disposición general se consagra primero la entrega y luégo el pago del transporte, sucede aquí que por lo pactado tal cosa no es así".

Estos razonamientos del fallo de primera instancia tienen claro fundamento legal en lo dispuesto en los artículos 276 del C. de Co., y 1602 y 1609 del C. C.

Esta parte de la sentencia del Juez a quo, que es suficiente para justificar la absolución de la sociedad demandada, fue aceptada por el Tribunal, quien, no obstante, entró en consideraciones de otro orden, relacionadas con la acción de perjuicios provenientes de la avería de las mercancías y con las formalidades previas que es preciso llenar al respecto, conforme a las cláusulas 23 y 24 de las cartas de porte y a las disposiciones legales pertinentes, consideraciones improcedentes toda vez que, como atrás se vio, el pleito versa únicamente sobre incumplimiento de un contrato y sobre indemnización de perjuicios causados por ese incumplimiento.

Estudio de los cargos

El recurrente no ataca la sentencia del Tribunal en cuanto ella acepta los razonamientos del fallo de primer grado relativos al no cumplimiento del contrato por la sociedad demandada.

Los cargos formulados, como se deduce del análisis que de ellos se hizo antes, se refieren a la aplicación del artículo 313 del C. de Co., y a la no aplicación de los artículos 8º de la Ley 52 de 1919, 6º y 1604 del C. C., y 298 y 299 del C. de Co.

Demostrado, como ha quedado, que la parte motiva de la sentencia del Tribunal que ataca el recurrente es improcedente, porque contempla aspectos que no fueron materia del juicio, los cargos son impertinentes y no sirven para rebatir los fundamentos legales en que se apoya la absolución de la sociedad demandada.

En la parte final de la demanda de casación dice el recurrente:

"La SCADTA recibió para su transporte a New York los dos cuadros valiosos a que se refiere la carta de porte, por ella llamada "conocimiento de embarque aéreo". Esa misma carta prueba el recibo de la mercancía por el transportador, como prueba el contrato mismo en todas sus partes (artículos 276 y 278 del C. de Co.) Al demandante le basta sostener su afirmación del hecho negativo que planteó en su demanda: las mercancías no han sido entregadas al destinatario, ni devueltas al cargador. Y la SCADTA no ha tratado siquiera de desvirtuar la responsabilidad de garantía que pesa sobre ella.

"Hace siete años que recibió los cuadros para llevarlos a New York por avión, y aún no los ha entregado; ni a pesar de habérsele solicitado que los regresara han vuelto a manos de su dueño: o se quedó con ellos, o los perdió, o se le dañaron totalmente. Y por eso calla después de comprobarse que sí los recibió.

"No cumplió, no ha cumplido con sus obligaciones. Lo que se traduce en la indemnización de perjuicios que es lo pedido en la demanda".

En el curso de esta sentencia ha quedado plenamente demostrado que la demandante no ha cumplido su obligación legal contractual de pagar el valor del transporte de los cuadros de Bogotá a New York. Por ello la demanda no puede prosperar.

Si los cuadros se perdieron, o se averiaron por culpa de la sociedad transportadora, o si ésta dispuso de ellos ilegalmente, bien puede la demandante hacer valer sus derechos en otro juicio, conforme a las leyes.

A virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando juseticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia objeto del recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenta.

Sin costas por no haberse causado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

Cuando el actor fija en una suma determinada la cuantía del pleito, sin objeción de la parte demandada, es ella la que influye de una manera obligatoria en los resultados de la acción y en la procedencia de todos los recursos, inclusive el de casación; más cuando no señala una cuantía precisa, sino que expresa que "la cuantía pasa de dos mil quinientos pesos", hay entonces una duda sobre la procedencia del recurso de casación en ese caso, la cual debe resolver el Tribunal aplicando el artículo 524 del C. J.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

En el juicio ordinario intentado por Jesús María, Valentina y Adelaida Cano contra Benigno Cano Arrigui y Samuel Agustín Tobar, vecinos del Distrito de Timaná, suplicando la nulidad del testamento nuncupativo otorgado por Gumercinda Cano a favor de Benigno Cano Arrigui, profirió sentencia definitiva de segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha once de septiembre del pasado año, en la cual confirmó en todas sus partes la absolutoria de primer grado pronunciada por el Juez 1º del Circuito de Pitalito.

Contra la mencionada providencia interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado de la parte actora. En proveído fechado el 26 de octubre pasado el Tribunal del conocimiento negó el recurso interpuesto, fundándose en que el demandante, al iniciar la acción, determinó la cuantía del negocio en estos términos: "la cuantía pasa de dos mil pesos"; y agrega el Tribunal que esta cuantía, así fijada, no fue motivo de objeción alguna por los demandados en su debida oportunidad, por lo que hay que concluir que fue aceptada por las partes.

También sostiene el Tribunal, para fundar su negativa, que conforme al espíritu del artículo 519 del C. J., cuando la cuantía alcance por lo menos a tres mil pesos, en los juicios ordinarios, tiene cabida el recurso de casación, y en el caso de autos la estimación hecha por el actor y no contradicha por el demandado no alcanza al mínimo fijado por la ley, por lo cual debe resolverse negativamente la petición de la parte actora.

La Corte considera:

Las numerosas doctrinas sentadas por esta Sala y citadas por el Tribunal se refieren exclusivamente al caso en que la parte actora, en su libelo, señala y determina con precisión y de manera categórica la cuantía de su acción en una cantidad fija y limitada. En tal evento, es evidente que la Corte ha señalado ya la interpretación que debe darse al artículo 205 del C. J., considerando que tan precisa determinación y fijación de la cuantía en un guarismo, tiene no sólo el alcance jurisdiccional de señalar la competencia procesal, sino que también el de establecer un límite fijo y preciso a la cuantía, por voluntad expresa del actor, que influye de manera obligatoria en los resultados de la acción y en la procedencia de todos los recursos, incluso el de casación. Así lo ha resuelto la Corte últimamente en fallos que aparecen publicados en las Gacetas Judiciales números 1933, Tomo XLVI y números 1961 a 1963, Tomo L.

Pero muy distinto es el caso de autos, porque el actor en el libelo no señaló y determinó una cuantía precisa, sino que expresó en términos claros que "la cuantía pasa de dos mil pesos". Para este último caso ha sido otra la doctrina sentada por esta Sala en diversas providencias, de las cuales se pasan a citar las dos más recientes que fijaron el criterio jurisprudencial de la Corte en esa materia.

Al efecto, en fallo de doce de febrero de 1940 y en caso muy semejante al aquí dilucidado dijo: "Cuando la parte actora estimó la cuantía de la acción en suma mayor de dos mil quinientos pesos, quiso fijar una tasa mínima sin atreverse a señalar la máxima, posiblemente porque ignoraba el verdadero precio en que podía ser apreciada la finca, no sólo en la

fecha del contrato cuya rescisión se suplicaba sino al tiempo en que fuera desatada la litis definitivamente. De manera que dejaba la puerta abierta para que dicha cuantía pudiera ser estimada, en la forma determinada por la ley, cuando quiera que fuera indispensable conocer con precisión esa circunstancia, para los efectos de la concesión de un recurso judicial. Al decir que la justipreciaba en valor mayor del indicado, bien podía tal justiprecio exceder de la cantidad de tres mil pesos, señalado por el artículo 519 del C. J. como mínimo para la aceptación de este recurso especial y extraordinario" (G. J. Nos. 1.953 y 1.954, Tomo XLIX).

Y en la providencia antes citada de 30 de agosto de 1940 se expresó por esta misma Sala lo siguiente: "El demandante puede decir que estima su acción en más de quinientos pesos o de mil pesos, por ejemplo, y así, según el lugar, establece que se trata de juicio de mayor cuantía, lo que bastará ante el artículo 205, a tiempo que deja abierto el campo a ulteriores posibilidades, como la casación; o puede decir que la estima en tres mil pesos o más, con lo cual este recurso se asegura en su caso y día" (G. J. números 1.961 a 1.963, Tomo L.).

De lo antes expuesto se concluye que en este negocio no estaba señalada de manera fija y precisa la cuantía de la acción por parte del actor, sino que su estimación indicaba sólo un mínimo que daba margen para la duda respecto del verdadero valor de la acción intentada, duda que se desprende no sólo de la propia manifestación del actor en su libelo, sino de las demás circunstancias del proceso que aparecen señaladas en la sentencia de segunda instancia cuya casación es materia de este debate. Era de rigor, por lo tanto, darle extricta aplicación al artículo 524 del C. J., que regula casos como el de este negocio.

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, concede el recurso de hecho interpuesto contra el auto de 26 de octubre pasado y previa revocatoria de dicha providencia, ordena a la Sala falladora del Tribunal Superior de Neiva que proceda a darle cumplimiento al artículo 524 del C. J. Una vez surtida esa formalidad, procederá a estudiar y decidir sobre la procedencia del recurso de casación oportunamente interpuesto.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y comuníquese al Tribunal fallador para su conocimiento.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE INEXISTENCIA DE UNA OBLIGACION — CAUCIONES PARA EMPLEOS DE MANEJO.

La caución se constituye relacionándola con su manejo, y las alusiones que se hagan al período respectivo no pueden entenderse como exclusión de lo que en razón de ese manejo haga u omita el respectivo empleado, cual si quedase libre hasta de escrúpulo con sus fiadores porque el período expiró, aunque el manejo continúe.

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

(Magistrado ponente doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de Luis Felipe Orozco contra el Municipio de Anserma.

Antecedentes

Elegido Salomón Hernández Tesorero de rentas de ese Municipio para el período que había de comenzar el 1º de enero de 1928, este día se otorgó un documento privado, registrado el 7 de los mismos, en que aquél asume las consiguientes obligaciones y las asegura con la fianza del prenombrado Orozco y de Julio Londoño B. Continuó Hernández en ese cargo hasta avanzado el año de 1931 en que se le dedujo un alcance por el cual se siguió ejecución contra los fiadores, en la que éstos opusieron excepciones, de las que prosperaron sólo algunas en forma que el monto inicial de $ 8.847,48 bajó a $ 5.562, 32, según sentencia del Juzgado del Circuito de Anserma y del Tribunal Superior de Manizales, dictadas respectivamente el 5 de febrero de 1936 y el 18 de septiembre de 1937.

Acogida así parcialmente la excepción de error de cuenta, las otras se desecharon. Estas se resumen así: a) los fiadores se obligaron por el período para el cual se había elegido a su fiado el 1º de enero de 1928, que era sólo el de este año cabal, y no intervinieron en manera alguna en fianzas para posteriores períodos; de suerte que, habiendo ocurrido el desfalco en 1931, no se les puede exigir el pago; y b) hace parte integrante del alcance deducido la suma de $ 6.000 formada por los $ 3.000 que en dinero dio en mutuo cada uno de los señores Vicente Orozco y Rubén Arango Z., en razón de contratos que la Gobernación no aprobó y que, por tanto, no tuvieron existencia legal, por lo cual no son del Municipio esas deudas, ni de su Tesorero, como tal, sino de Hernández personalmente.

Si la primera de estas excepciones hubiese prosperado, la ejecución, por esa razón de fondo, habría cesado totalmente; y si hubiese prosperado la segunda, aunque no de igual calidad, el resultado habría sido también esa terminación, porque el saldo a que se llegó como alcance en las sentencias antedichas, por abono a Hernández de algunas partidas y por dejar de cargarle otras, quedó reducido a cifra menor de estos $ 6.000, según ya se dijo.

El rechazo de ellas determinó la introducción del presente juicio, en que en libelo de 17 de marzo de 1938 el actor plantea una demanda principal y dos subsidiarias, detalladas cada cual debidamente y que, en resumen, formulan estos pedimentos: declaración de que la obligación de los fiadores sólo comprendió el período constitucional comenzado el día del documento y, por tanto, terminado el 31 de diciembre de 1928; de que, consecuencialmente, los fiadores no responden de los actos del Tesorero Hernández posteriores a esta fecha, y por lo mismo es ilegal el cobro que se les hace del dicho alcance y debe suspenderse la ejecución y volver las cosas a su estado anterior o devolvérseles lo pagado, en el evento de que al sentenciar ya se hayan rematado bienes o cubierto esa suma en dinero. Esto, como demanda principal.

La primera subsidiaria pide se decla-

re: la nulidad e inexistencia de los referidos contratos de mutuo; que las cantidades mutuadas no entraron al patrimonio del Municipio siendo Hernández Tesorero; que ni el Municipio ni los fiadores del Tesorero deben estas sumas; que es ilegal el cobro que se les hace; y que las sumas mutuadas se descarguen del alcance deducido a Hernández.

La segunda demanda subsidiaria pide se declare: que no se adhirieron al documento citado las estampillas correspondientes y así estaba él cuando se libró la ejecución; que no tenía por ello entonces valor legal, y el auto ejecutivo y la actuación ulterior son nulos, y que si cuando se sentencie se han rematado bienes o pagado en dinero, debe devolverse éste o reponerse las cosas a su estado anterior. Tanto en la demanda principal como en las subsidiarias se pide condenación en costas a cargo del Municipio.

El Juzgado en lo Civil del Circuito de Anserma decidió la primera instancia negando todos estos pedimentos y absolviendo al Municipio con costas a cargo de Orozco, en fallo de 6 de julio de 1938, confirmado con costas el 11 de abril de 1940 por la de segunda, que es la materia del presente recurso.

El Tribunal, acogiendo las tesis del Juzgado, encuentra que la fianza, constituída por todo el tiempo que Hernández desempeñara la Tesorería, obliga a los fiadores, aunque los sucesos motivo del alcance no acaecieran dentro de 1928, y que la circunstancia de no haberse aprobado por la Gobernación los Acuerdos Municipales sobre los dichos contratos de mutuo no obsta a que el Tesorero recibiera como tal aquellas dos partidas de a $ 3.000. Estos fueron los fundamentos cardinales de sus sentencias absolutorias.

El recurso

Este se formula en dos capítulos distinos, relativos en su orden a estas dos excepciones. En el mismo orden se les estudia.

I.

Observa el recurrente que, año por año, recibió Hernández un nombramiento nuevo, distinto de los anteriores, entre otras razones por la decisiva de que el Concejo no podía hacer su elección por lapso mayor, siendo así que legalmente el período del Tesorero es de un año, y sostiene que, por lo mismo, debió otorgarse cada año la caución correspondiente (C. P. y M. artículos 212 y 251), para deducir de ahí que, no habiendo figurado para nada los fiadores de 1928, señores Orozco y Londoño, en algo distinto del documento del 1º de enero de ese que para ellos fue año único, no se les puede hacer responsables, de desfalco ocurrido posteriormente. Faltó el contrato principal en cada uno de los años siguientes y, por tanto, no cabe para ellos el de fianza, que es accesorio; el exigírseles algo distinto a lo que se obligó Hernández para 1928, que fue lo asegurado por ellos, se les obliga a más de lo debido por él, y resultan más gravados que él, con todo lo cual se quebrantan los artículos 2361, 2369 y 2370 del C. C., ,y además, el 2406 del mismo en cuanto, extinguida la obligación con el año de 1928, se desconoce la consiguiente extinción de la fianza. Cita también como violadas otras disposiciones legales, entre ellas las pertinentes del C. P. y M.

Acusa de error en la interpretación del documento de finaza por dar a la frase "en todo tiempo", empleada por los fiadores, un alcance mayor del debido, porque debe comprenderse que se limitaba al año de que no podía legalmente excederse la elección; y de ahí deduce violación de las disposiciones referidas y, además, de los artículos 1700 y 1708 del C. C., porque los nombramientos ulteriores cambiaron la obligación, por ser ellos distintos aunque no lo fuese la persona elegida, y el cambio de obligación extinguió la finaza; o porque, aunque se dijese que sólo hubo ampliaciones, con la atención puesta en la igualdad de persona, no habiendo accedido a ampliación alguna los fiadores, su responsabilidad cesó.

Ese documento (Cdno. 1º, fol. 4) expresa ante todo las obligaciones asumidas por Hernández quien a este propósito comienza diciendo que desempeñará fielmente su empleo, "**sometiéndose en un todo a los reglamentos y demás disposiciones sobre contabilidad que se hallan actualmente vigentes** y a los que se expidiere en lo venidero". Y después de esa y sus declaraciones restantes, tras la de haberse admitido como sus fiadores a dichos Orozco y Londoño, manifiestan éstos obligarse como tales, "no sólo de cualquier suma que su fiado quede a deber al Tesoro, sino de todos y cada uno de los demás compromisos que ha contraído, y que **el aseguro que prestan por el presente documento responde en todo tiempo en que** su fiado desempeñe el empleo". (Subraya la Corte).

Esta última advertencia proviene del artículo 39 del Reglamento de Contabili-

dad del Departamento de Caldas, citado y trascrito en los referidos fallos, según el cual los documentos de caución prestada por funcionarios o agentes de manejo harán constar que ella será "por todo el tiempo de sus funciones, y no se considerará desmejorada, caducada ni vencida por nuevos nombramientos ni por nuevas posesiones del mismo puesto, cuando éstas se toman sin interrupción de funciones".

Se considera:

Si se conceptuara que la expresión "en todo tiempo" se concreta y limita al tiempo en que, dentro de 1928, desempeñara Hernández la Tesorería, esa estipulación carecería de alcance, y ni se le hallaría razón de figurar en el documento, puesto que en manera alguna se necesitaba para reputar que los fiadores, por su declaración anterior a esa cláusula, ya quedaban obligados como tales para ese año, y bien se ve, además, que el total de éste es mayor que el saldo que de él quedara en el caso de ocurrir interrupciones por enfermedad u otro motivo.

Además, esa misma cláusula es de suyo lo bastante clara para consignar la voluntad de las partes, y el antecedente de estar rigiendo la citada disposición reglamentaria concurre a persuadir de que aquélla se puso allí con el preciso intento que trasparente e inequívocamente reza.

El abogado del recurrente se detiene en inteligente y erudita distinción entre el contrato civil y el de adhesión, a fin de sostener que, habiendo para este último las salvedades y limitaciones reconocidas por los doctrinantes, no puede entenderse a los fiadores como suscribiendo a sabiendas las disposiciones y exigencias del Reglamento y, por el contrario, debe reputárseles circunscritos a su fianza netamente civil.

Pero esa distinción no puede tener este alcance en caso como el presente en que la obligación se asume de modo tan enfático y en que, además, ello sucede después de haberse hecho expresa referencia a ese mismo reglamento y demás disposiciones sobre los deberes de los empleados de manejo.

Para aceptar en caso como el presente la salvedad que el recurrente propone, sería preciso presumir en los fiadores el error de conducta implicado en la falta de prudencia y diligencia que habría sido indispensable para que suscribiesen el documento contentivo de esas advertencias expresas, y de una estipulación tan clara como la trascrita, sin curarse de saber qué era lo que decía el reglamento citado allí y sin fijarse en el sentido evidente de la frase relativa a duración de su respaldo.

Se ha observado en el proceso que no obran en él las pruebas de las sucesivas reelecciones de Hernández; pero hay completo acuerdo sobre la continuidad en el desempeño del referido empleo por él desde que se posesionó al comenzar el año de 1928 hasta avanzado el de 1931 en que, probablemente por las visitas fiscalizadoras que hubo en su oficina desde el año anterior, con el resultado aludido, abandonó el empleo, hecho éste atestado por la certificación sobre actuaciones en lo criminal que se halla al folio 44 del cuaderno 4º.

Apenas habrá para qué advertir que la circunstancia de fijarse en 1931 el alcance y determinarse sobre su cobro, no indica que precisamente todas las partidas que lo forman correspondan a ese único año. Como es lo natural, y así lo prueba la copia de los correspondientes análisis de la contabilidad de la Tesorería, múltiples sumandos del total deducido corresponden a fechas de años anteriores a aquél.

Si, por vía de ejemplo, se supone que el alcance correspondiera a partidas de comienzos de 1929 y que para este año se hubiese elegido Tesorero a persona distinta, y se preguntara si de ese alcance respondían los fiadores, contra la respuesta afirmativa no podría valer a éstos la circunstancia de ser esa partida y el consiguiente hecho del desfalco posteriores al 31 de diciembre de 1928. Y este ejemplo en que en obsequio de la claridad se extreman los detalles, aunque no son infrecuentes los casos en que la realidad hasta los supera, hace ver cómo la mera circunstancia de quedar la génesis de un alcance más allá del período legal del empleado de manejo, no puede entenderse como desamparo de sus actos ante la caución que los respaldó. En otras palabras: la caución se constituye relacionándola con su manejo, y las alusiones que se hagan al período respectivo no pueden entenderse como exclusión de lo que en razón de ese manejo haga u omita el respectivo empleado, cual si quedase libre hasta de escrúpulo con sus fiadores porque el período expiró, aunque el manejo continúe.

Con reelecciones sucesivas o sin ellas, Hernández desempeñó continuamente la Tesorería por todo el lapso referido (1928 a 1931). Así las cosas y dadas las consi-

deraciones precedentes, resultan inadmisibles los cargos hasta aquí analizados.

— II —

En el segundo capítulo de la demanda de casación el recurrente plantea una vez más los problemas relativos a la otra excepción supradicha, cual es la de inexistencia de los dos contratos de mutuo por $ 3000 cada uno, que forman los $ 6000 que figuran en los cargos contra Hernández y que los fiadores aspiran a que se les descuenten o descarguen sosteniendo que no los recibió en su calidad de tesorero, esto es, dentro de lo respaldado por la fianza.

Sobre este pie y adecuando ahora la excepción a lo que a la casación corresponde, el recurrente formula el cargo de violación de las varias disposiciones legales que al efecto cita y que analiza a la luz de aquel concepto.

Es inoficioso en este fallo la cita de tales disposiciones y su análisis, porque el todo del cargo está, como acaba de indicarse, en aquel concepto básico; de suerte que al hallarse inadmisible éste, aquel estudio carece de objeto.

Y se halla inadmisible por estas razones:

Es verdad que los Acuerdos Municipales de Anserma que aprobaron los contratos del Personero por $ 3000 en mutuo con cada uno de los señores Vicente Orozco y Rubén Arango Z., no fueron aprobados por la Gobernación por defecto de formalidades; pero no es menos cierto que comprueban el hecho turgente y decisivo de haber recibido el Municipio de manos de cada uno de estos señores $ 3000, y este hecho no se infirma con aquella falta de aprobación.

A folios 7 v. y 8 del cuaderno 4º (pruebas del actor en el Tribunal) se hallan en copia esos Acuerdos, 27 y 28, ambos de 20 de agosto de 1931, en su orden. Aquél aprueba el contrato con Orozco y dice que éste se obliga a dar **"como en efecto dio al Municipio"** los referidos $ 3000, y el otro al aprobar el contrato con Arango dice que éste se compromete a dar **"como en efectividad ha dado al Municipio"** los citados $ 3000 de este señor.

El Concejo dictó el Acuerdo número 13 de 1932 en que reconoció a cargo del Municipio estas dos deudas y ordenó su pago; y si este Acuerdo tampoco obtuvo la aprobación de la Gobernación, también por la aludida falta de formalidades, no por esto desaparece el reconocimiento de haber recibido el Municipio aquellas sumas.

Más todavía: el cesionario de los mutuantes Orozco y Arango siguió juicio contra el Municipio para que se le condenase a la devolución de los mismos dineros, y el Juzgado en sentencia de 1º de diciembre de 1932, confirmada por el Tribunal Superior en la de 9 de abril de 1934, así lo dispuso. El recurso de casación contra esta última sentencia se declaró desierto por la Corte en la de 13 de febrero de 1935 (cuaderno 5º, fols. 1 a 10).

Con motivo de la inspección ocular practicada en este juicio como prueba el 8 de julio de 1935, vino la exposición pericial de 16 de los mismos en que los expertos manifiestan no haber hallado Acuerdos debidamente aprobados que autorizaran aquellos préstamos; pero sí varios antecedentes en el sentido de hacerlos, entre ellos las Resoluciones 4 y 5 de 28 de octubre y 6 de noviembre de 1930 en que el Concejo autorizó al Personero para contratarlos con Vicente Orozco hasta por $ 10000 y con Rubén Arango Z. por $ 5000.

Como se ve, de estas Resoluciones arrancan esas negociaciones y los consiguientes contratos de mutuo por $ 3000 cada uno llevados a su realización al punto de que en la forma trascrita fue como los aprobaron los citados Acuerdos de agosto de 1931. Hubo premura de realizarlos antes de saberse si los Acuerdos obtenían la aprobación del Gobernador; pero ello no obsta al hecho de la entrega del dinero por los mutuantes al Municipio. Y este hecho por sí sólo basta a establecer que Hernández no obró en su propio nombre sino como Tesorero al recibir. Así extendió los recibos correspondientes. Así dio después salida a los $ 6000 por y para obra del Municipio.

Las pretensiones del actor tienen por base obligada que no fue éste quien recibió. Al hallarse comprobado todo lo que acaba de verse, se ve la improcedencia de estudiar aquellos contratos en sí mismos, o de establecer si son válidos o nulos y aun de reputarse inexistentes porque el Gobernador no aprobó los referidos Acuerdos, y cuál sea el alcance de esta falta de aprobación. A todas estas cuestiones se consagró sumo interés en las instancias, el que se ha querido renovar en la casación, sin que nada de ello tenga trascendencia alguna para este pleito, porque, como se ha dicho y repetido en este fallo,

demostrado que el Municipio fue quien recibió y sobre quien la entrega de los referidos dineros echó la carga de devolverlos, ya que no le era dado enriquecerse a expensa ajena, resulta inoficioso lo implicado en aquellas cuestiones, ya que, aunque se las respondiese en la forma pretendida por el actor, seguiría en pie el hecho de haberse recibido esos dineros por el Municipio y de haber entrado a su caja. Que ello fuera en virtud de contratos perfectísimos o sin contrato alguno, es tema adjetivo, ante aquel hecho decisivo y sustancial.

Si Orozco y Londoño hubieran sido fiadores en los contratos de mutuo, a buen seguro que ello sería pertinente; pero su fianza se constituyó para el manejo del Tesorero.

Estas consideraciones dicen cómo y porqué son inadmisibles los cargos formulados en el referido capítulo segundo.

En varias de las reflexiones precedentes de la Sala abunda el señor Procurador General de la Nación, a quien se dio traslado como opositor en su oportunidad, a pesar de haberse conferido por el Personero de Anserma el poder de que hablan los autos de 18 y 24 de octubre último, por las razones en éstos expresadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha once de abril de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Himestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez— Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE PERJUICIOS — MINAS

1. La trasferencia en dominio de una mina debe hacerse por escritura pública registrada en el libro número 1º del Circuito de ubicación, no por una simple acta privada, la que no cambia por su incorporación en el protocolo de una Notaría.—2. El artículo 285 del Código de Minas hace aprovechable por todos los socios de una mina, inclusive por tanto los que no hayan intervenido en ellas, las gestiones de cualquiera de aquéllas encaminadas a defender o o conservar la posesión y propiedad de la mina. — 3. La calidad de heredero de una persona no se acredita con la prueba de confesión.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, febrero diez y nueve de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Como Presidente de la Sociedad Minera de Ríochico, el señor Estanislao Barrientos por medio de apoderado entabló demanda contra el Sr. José Angel Lopera con el fin de que en vía ordinaria se le condenase a lo que el libelo indica y adelante se verá aquí, todo lo cual negó el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa en la sentencia de primera instancia, fechada el 31 de agosto de 1938, confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en la de segunda, el 14 de junio de 1940, contra la cual el demandante interpuso casación. Se decide hoy este recurso, debidamente tramitado.

Esa Sociedad se constituyó como ordinaria por acta privada de 2 de agosto de 1937, protocolada en la Notaría 2ª de Medellín el 9 del subsiguiente septiembre, y la demanda, que es de 22 de este mes, exponiendo como hechos fundamentales que Lopera en los diez años anteriores extrajo oro de la mina de aluvión de Ríochico sin derecho alguno y que, además sus trabajos fueron tan desacertados que dificultan su laboreo, pide se le condene a devolver o pagar el oro extraído y a indemnizar los perjuicios.

La sentencia del Juzgado se funda principalmente en no estar acreditados los actos culposos atribuídos por el actor a Lopera. El Tribunal, abundando en igual parecer tras del análisis de las pruebas pertinentes, halla como base cardinal de su confirmación la falta de título de dominio sobre la mina en favor de la Sociedad demandante, quien se presenta a demandar como dueña.

El recurrente acusa por el motivo 1º de los establecidos en el artículo 520 del C. J. y hace una larga lista de disposiciones legales sustantivas de cuya violación acusa como erróneamente interpretadas unas y no aplicadas o aplicadas indebidamente otras, ya de suyo, ya por error en la apreciación de las pruebas.

Antes de estudiar estos cargos uno a uno, lo que se hará adelante, conviene considerar el problema en sí.

Con visible acierto el Tribunal comienza por estudiar los títulos de dominio, ya que la Sociedad demanda, repítese, en calidad de dueño, y no encuentra completa la cadena por faltar algunos eslabones para llegar a los dueños actuales arrancando de la adjudicación de la mina al señor Pedro F. Londoño, cuyo albacea hizo en 1901 el pago acreditado con el recibo correspondiente, en la mira de redimirla a perpetuidad; a más de encontrar esa laguna, el Tribunal repara que en los traspasos ocurridos de entonces en adelante figuran como tradentes que dicen serlo en calidad de herederos del señor Londoño y que esta calidad no aparece acreditada. Pero el defecto cardinal sobre dominio lo halla en que la Sociedad demandante no tiene en su favor título alguno, a que se agrega que la demanda versa sobre frutos y perjuicios de época anterior a su nacimiento.

Salta a la vista la trascendencia de esa falta, la que llega al extremo de hacer prácticamente improcedente e innecesario toda otra reflexión, puesto que, aun en el evento de estar acreditados los actos que la demanda atribuye a Lopera esto es, que sin derecho alguno explotó la mina y se apropió sus frutos y procedió en

forma de dificultar o imposibilitar su laboreo ulterior, ello es que la indemnización por estos daños y el pago de aquel enriquecimiento sin causa representarían las consiguientes acciones en favor del dueño de la mina, y no siéndolo la Sociedad demandante, no cabría pronunciar condenación por petición de ella y a favor de ella.

Se formó para explotar la mina, que es para lo que se forman las sociedades ordinarias, según el artículo 251 del Código de la materia, comúnmente. Eso es muy distinto de adquirir la mina misma. Como ya se dijo, su constitución consta en acta privada, la que no cambia por su incorporación en el protocolo de una Notaría inscrita después en el libro de registro número 2º, como era el caso. Para trasferirla en dominio habría tenido que otorgarse escritura pública que lo declarara así y que se registrara en el libro número 1º del Circuito de ubicación. Y este instrumento brilla por su ausencia.

Más todavía: lo demandado corresponde al decenio anterior a la constitución de la Sociedad; de suerte que, aunque no se tratase de mera sociedad ordinaria de minas, cuya finalidad es la ya dicha y a cuya formación se procedió en acta privada, sino que se hubiese otorgado escritura pública de traspaso del dominio, ni aun así podía entenderse que el adquirente de la mina lo fuese también, por este solo hecho, del crédito a cargo de Lopera por las razones antedichas, esto es, por virtud de hechos consumados en época anterior.

Por vía de ejemplo se pone de presente cómo el comprador de una casa no adquiere, por el solo hecho de comprarla, el derecho de demandar para sí al inquilino por los cánones e indemnizaciones correspondientes a tiempo anterior a la compraventa, y que si en ocasiones se halla el comprador investido de esta acción es porque su vendedor le ha cedido el crédito respectivo expresamente, ya en la misma escritura aludida, ya por separado.

Si estos elementos indispensables para demandar brillan por su ausencia, se halla evidente que la Sociedad actora carece del interés jurídico necesario para reputarse investida de las acciones que ejercita.

Esta circunstancia es decisiva y bastaría por sí sola para sentenciar como Juzgado y Tribunal lo hicieron, esto es, para negar lo pedido.

Con todo, a fin de extremar el cumplimiento de deberes impuestos al sentenciador por disposiciones generales y en especial a la Sala de Casación por el artículo 537 del C. J., se consideran uno a uno los cargos que el recurrente formula en su demanda de casación, comprendidos todos, como ya se dijo, dentro del motivo 1º de los del artículo 520 de este Código, o sea, violación de disposiciones legales sustantivas, de las que el recurrente formula larga lista y que, ordenadas como manda esta última disposición, son los artículos siguientes:

251 del C. de M., en cuanto el Tribunal dice que la Sociedad demandante, como ordinaria que es, no adquirió la mina de Ríochico, sino que se formó sólo para laborarla, y en cuanto deduce de ahí que, no siendo dueña, que es como se presenta, no puede demandar lo pedido. Inaceptable el cargo, no sólo por lo dicho ya en las precedentes consideraciones de este fallo, sino ante la lectura de aquel artículo, el cual define las sociedades mineras de esta clase como dice la sentencia recurrida.

El 285 de la misma obra. Inaceptable el cargo también, porque esta disposición hace aprovechable por todos los socios de una mina, inclusive por tanto los que no hayan intervenido en ellas, las gestiones de cualesquiera de aquéllos, encaminadas a defender o conservar la posesión y propiedad de la mina; y aquí no hay gestiones de esa clase respecto de lo que forma la presente controversia relativa al dicho decenio anterior a la sociedad, y mal podrían catalogarse como tales las que para este juicio y dentro de él ha hecho el señor Barrientos, quien, además, no ha obrado personalmente como accionista de la mina sino como Presidente de la Sociedad.

El 950 del C. C., que reconoce la acción reivindicatoria al dueño. El Tribunal no desconoce ni olvida que así es, sino simplemente advierte, con lo que basta, que la Sociedad demandante no es dueño. Y ya se ha visto que no lo es.

El 2342 del C. C., que reconoce el derecho a indemnización no sólo al dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído un daño, sino el usufructurio, usuario, habitador y aun mero tenedor, según los casos. Aquí ha demandado una Sociedad que se presenta como dueño y al encontrarse que no lo es, el Tribunal se abstiene de decretar la indemnización demandada.

El 1871, ibídem, según el cual tiene validez la venta de cosa ajena. El recurrente alega que en el peor de los supues-

tos respecto de las trasferencias acerca de las cuales el Tribunal advierte que son hechas por personas que se dicen herederos y cuya calidad de tales no se ha comprobado, podría darse por sentado que no la tienen y llegarse al extremo de que lo vendido por ellas no fuese suyo, y que sin embargo las ventas valdrían. Este cargo es tan infundado e inconducente como los anteriores, porque los defectos aludidos son de títulos distintos de la constitución de la Sociedad demandante y en rigor de verdad extraños a ésta, porque, formada para laborar la mina, no interesa al fondo del presente juicio saber qué tan perfectos o imperfectos sean los títulos de sus dueños ni quiénes sean éstos, sino que basta saber que no lo es esa Sociedad.

El 713 que contempla la accesión como modo de adquirir y el 716 según el cual los frutos naturales de una cosa pertenecen a su dueño. El recurrente los da por quebrantados con la negativa a su demanda. Inaceptable el cargo, porque el Tribunal tan sólo advirtió que la Sociedad demandante no es dueño actual de la mina y mucho menos, si gradación cabe, podría tenerse por dueño de ella y consiguientemente de sus frutos en época anterior a su constitución.

El 1113 del mismo C. C. El recurrente lo estima violado porque, no habiéndose llenado las exigencias reglamentarias de esta disposición sobre asignaciones testamentarias a favor de los pobres, ha prosperado, sin embargo, el dicho de testigos sobre que los trabajos en la mina de que la demanda se queja estuvieron autorizados por una asignación de ese género hecha en el testamento del señor Londoño. Inaceptable el cargo, entre otras razones porque la falta de prosperidad de la demanda proviene, como se ha dicho y repetido aquí, de que la sociedad demandante carece de la acción incoada, y según se ha visto también, esta decisiva circunstancia impediría la acogida de aquélla, aunque estuviesen acreditados los actos que atribuye al demandado, que es Lopera, y no los testigos aludidos. Y todo ello es así, en relación con la sentencia recurrida, no sólo por estas reflexiones, sino por su misma redacción.

El artículo 1769 del mismo Código, por desoír la confesión de Lopera, tanto en cuanto reconoce como dueños a los aludidos causahabientes de Londoño, sin reclamar sobre su calidad de herederos y comprobación de ésta, cuanto porque dice haber recibido en comisión de algunos de los trabajadores el oro de la mina. Se observa: la calidad de heredero no se acredita con esta prueba y, de otro lado, el artículo 609 del C. J. obliga a tomar la confesión en su integridad tal como la hace el absolvente, con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, que es cabalmente lo que sucede con el aditamento sobre comisión. El cargo es, pues, infundado.

Se le analiza, por lo antedicho sobre estudio de las varias acusaciones una a una, no obstante que la carencia de personería de la sociedad demandante para incoacar la acción y contienda que ha seguido, bastaría de suyo, como se ha dicho aquí repetidamente, para negar sus peticiones.

Otro tanto cabe decir respecto de los cargos de error en la apreciación de la prueba testimonial, sobre lo cual, siguiendo el procedimiento en referencia, se añade que el Tribunal no la desestimó ni la apreció con olvido de las pertinentes disposiciones legales, sino como previene el artículo 702 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, cual es la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el catorce de junio de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez— Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION REIVINDICATORIA Y OTRAS

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El señor César M. Díaz, amparado por pobre y diciendo obrar como hijo legítimo del doctor Angel E. Díaz, ya finado, y "también como ejecutante que fuí de éste separadamente y por vía de acumulación con el señor Julián Bahamón P.", presentó, el 8 de julio de 1936, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Neiva, demanda ordinaria contra los señores Diva García, viuda de Julián Bahamón P., y Arcesio Bahamón G., hijo legítimo de éstos, "como representantes que son de la sucesión del citado Bahamón", y pidió que, por sentencia definitiva, se hicieran varias declaraciones principales que se resumen así:

A) Que es absolutamente nulo, por falsedad y dolo, el contrato de mutuo celebrado entre Julián Bahamón P. y Angel E. Díaz, por $ 3500, que consta en la escritura número 412, del 5 de septiembre de 1913, de la Notaría primera de Neiva.

B) Que es también absolutamente nula parte de la actuación realizada en las ejecuciones seguidas por Julián Bahamón P. y por el demandante contra el señor Angel E. Díaz, ejecuciones que fueron acumuladas, según se dice en esta petición.

C) Que el Juez que conoció de tales ejecuciones estaba impedido para actuar en la seguida por Bahamón P., y que se cometieron varias irregularidades en la actuación, que el peticionario indica.

D) Que como consecuencia de lo anterior se condene a los demandados, "como herederos y representantes legales del ya citado Bahamón", a restituír "a los herederos legítimos y testamentarios del doctor Angel E. Díaz, los menores doctor Angel Antonio Díaz y Elizabet Díaz López, como representantes legítimos que son de uno de sus hijos, Gaspar Díaz E., ya finado, Simón y César M. Díaz", la hacienda denominada Reyes, rematada en dicha ejecución y por los mismos linderos por los cuales le fue entregada a Bahamón.

E) Que se condene a los demandados a pagar a los citados herederos de Angel E. Díaz los productos del inmueble que los mismos herederos dejaron de percibir, desde cuando le fue entregado a Bahamón hasta la fecha de la restitución.

Subsidiariamente y manifestando proceder "en mi carácter de heredero testamentario y legitimario del mismo doctor Díaz", pidió que se condenara a los mencionados demandados", como representantes y herederos que son del finado Julián Bahamón P.", a la restitución y pago solicitados en los puntos D) y E) de la demanda principal.

Posteriormente el actor corrigió la demanda en el sentido de dirigirla también contra el señor Roberto Muñoz, manifestando que éste era poseedor actual de parte del inmueble sobre que versa el juicio, pero dicho señor contestó que no era poseedor y que como César M. Díaz no estaba amparado por pobre para litigar con él, no podía demandarlo haciendo uso de papel común, ni se consideraba obligado a hacerse parte en el juicio.

Los demandados, antes de contestar, propusieron la excepción dilatoria de inepta demanda, por estimar que estaba dirigida contra diversa persona de la obligada a responder, toda vez que se les demandó a ellos como representantes de la sucesión de Julián Bahamón P., la cual ya había sido liquidada.

El Juez, por auto del diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y seis declaró probada la excepción propuesta, pero habiendo sido apelado ese auto por el actor, el Tribunal, en providencia de fecha cinco de mayo de mil novecientos treinta y siete, estimó que la excepción no tenía carácter de dilatoria, por lo cual la declaró no probada, revocó el auto del Juez y ordenó que los demandados contestaran la demanda en el término de dos días.

Estos la contestaron oponiéndose a los fundamentos de hecho y de derecho alegados por el actor, y una vez agotada la tramitación de la primera instancia, vino la sentencia de fecha diez y ocho de

noviembre de mil novecientos treinta y siete, por medio de la cual el Juez a **quo** absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon, por considerar que no estaba probado ninguno de los hechos fundamentales de la demanda.

De esta sentencia apeló el demandante y concedido el recurso y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva la confirmó el diez de abril de mil novecientos cuarenta, fundándose en razones distintas de las aducidas por el Juez.

Antes de analizar el fallo del Tribunal es necesario advertir que esa entidad, hallándose el juicio en estado de dictar sentencia, estimó que existía una causal de nulidad que ordenó poner en conocimiento de las partes, por auto del veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

Dijo entonces el Tribunal:

"Pero es el caso que en los autos no aparece demostrada la personería adjetiva del señor César M. Díaz, como representante o heredero del doctor Angel E. Díaz, ni tampoco la de los demandados Diva de Bahamón y Arcesio Bahamón, la primera cónyuge y el segundo hijo legítimo del expresado Bahamón. Ni con la demanda ni en el término de prueba se adujeron los comprobantes legales que son de rigor en estos casos, pues sólo se acompañó la prueba sobre la defunción del señor Gaspar Díaz y la de nacimiento de sus hijos citados.

Tampoco aparece la prueba de la representación de Simón Díaz ni de Gaspar Díaz como hijo de Angel E. Díaz, ni la de defunción del mentado doctor Díaz, y todo esto, como es natural, trae consigo las causales de nulidad por ilegitimidad de la personería de ambas partes, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 448 del C. Judicial, por no hallarse el juicio en ninguno de los casos de excepción determinados en el artículo 450 de la misma obra".

De esta providencia pidió reposición el demandante, que el Tribunal negó en su auto de fecha siete de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, y los demandados guardaron silencio.

El asunto quedó entonces en estado de resolver sobre la indicada nulidad, pero el Tribunal, mediante un estudio más detenido de la cuestión, se abstuvo de declararla y entró a dictar la sentencia definitiva que ahora es objeto del recurso.

En esa sentencia dijo el Tribunal:

"Es el caso, en efecto, que al proceder el Tribunal a dictar el fallo de segunda instancia, consideró hallarse en presencia de una nulidad adjetiva o de simple procedimiento, que al tenor del mandato del artículo 455 del C. Judicial correspondía poner previamente en conocimiento de las partes interesadas para los fines de la propia disposición, y así lo dispuso en auto del 24 de marzo del año pasado. Ocurre que César M. Díaz, demandante, diciéndose hijo legítimo y heredero del señor Angel E. Díaz, y hablando en su propio nombre y para la herencia de éste, representada por el propio demandante y por sus hermanos Simón Díaz y Gaspar Díaz, éste a su vez representado por sus hijos Angel Antonio Díaz y Elizabet Díaz López, demanda a la sucesión de Julián Bahamón P., representada por los demandados Diva de Bahamón, cónyuge sobreviviente, y Arcesio Bahamón, hijo legítimo de éstos. Pero como ni con la demanda, ni en el término de prueba del juicio, se adujeron los comprobantes legales que son de rigor en estos casos, el Tribunal estimó de lugar proferir su auto citado de 24 de marzo.

Es decir, no se allegó al juicio en ninguna de esas oportunidades la prueba del fallecimiento de Angel E. Díaz, a efecto de demostrar la existencia de la sucesión para la cual se demanda, ni la prueba de la calidad de heredero del mismo con que habla el demandante, ni tampoco la de la existencia de la sucesión de Julián Bahamón P., demandada, ni la de la calidad de herederos o representantes de ésta que se asigna a los ya nombrados Diva de Bahamón y Arcesio Bahamón, pues sólo se acompañó el comprobante de la defunción de Gaspar Díaz y el de nacimiento de sus hijos citados. A última hora y fuera de toda oportunidad legal, se trajo la copia de la partida de defunción de Angel E. Díaz, la que por sí sola, y aun en el supuesto de que se le pudiera dar cabida — supuesto inadmisible, por lo demás — en nada modifica las deficiencias probatorias anotadas.

Díjose, pues, que el Tribunal, estimando en un principio hallarse en presencia de una simple nulidad adjetiva o de procedimiento, dada la falta de la prueba pertinente de la personería de la parte demandada, como de la demandante, ordenó dar aplicación al mandato del mencionado artículo 455 del C. J., y aun llegó a negar una solicitud de reposición del auto respectivo hecha por el demandante Díaz, quien, por lo demás, para nada hizo uso del término que se otorgó a las partes para sanear la actuación, por lo cual, y

sobre la base sentada, lo que correspondía era hacer la respectiva declaración de nulidad.

Con fundamento, sin embargo, en un más cuidadoso estudio de la cuestión en referencia, hecho a la luz de las disposiciones legales que corresponden y de la sentencia dictada recientemente por la Corte en el pleito del doctor Max Duque Gómez contra Gumercinda Córdoba de Bedón, en la cual se sienta como tesis cardinal la de que la sucesión en sí no es persona jurídica, la Corporación ha terminado diciendo últimamente, refiriéndose a la parte demandada en un caso similar al presente, que no una ilegitimidad meramente adjetiva de su personería, capaz de fundar un motivo de nulidad de lo actuado, sino sustantiva o de fondo, era lo que correspondía declarar, fallando en consecuencia, por cuanto al faltar la prueba de tal personería, debía entenderse que no se había demostrado la existencia de la obligación a cargo de los demandados y a favor del actor, y no que aquéllas carecieran de capacidad legal para estar en el juicio, que es característica de las nulidades adjetivas. Por ello es esto lo que ahora cabe decidir. La circunstancia de haberse dictado en el juicio el auto referido de 24 de marzo, no es inconveniente para fallar en este sentido, porque una sentencia definitiva no puede subordinarse a lo resuelto en un simple auto de sustanciación".

Dice luégo el Tribunal que no existe en el expediente prueba alguna de la personería sustantiva de los demandados, en la calidad que se invoca en la demanda, o sea en la de representantes legales de la sucesión de Julián Bahamón P., prueba que es indispensable para que la acción pueda prosperar, conforme a lo resuelto en asuntos semejantes, y agrega:

"La doctrina sentada es aplicable al caso de los demandados en el presente negocio, como cabe sin ninguna dificultad advertirlo. Ya la Corte había dicho, por lo demás, en casación de 30 de julio de 1921, visible al Tomo III, número 2958: "Cuando la demanda se inicia contra ciertos individuos como herederos o representantes de una sucesión, y este carácter es aceptado por los demandados, no por ello deja de estar obligado el demandante a establecer con la debida prueba el estado civil de los demandados".

"De su parte el demandante señor Díaz, al demandar en causa propia y en su propio nombre, como hijo legítimo de don Angel E. Díaz, fallecido, no está en mejores condiciones que los demandados en cuanto a que al no comprobar debidamente la calidad de heredero con que habla, carece a su vez de personería sustantiva, para demandar, por tratarse en tal evento de una cuestión de fondo, tal como lo preveía el artículo 466 del C. J. abrogado. La circunstancia de que el demandante, en la confusión de sus ideas, da a entender también que demanda en representación de derechos ajenos, pudo hacer incurrir en un principio al Tribunal en la equivocación de estimar que se trataba de una simple ilegitimidad adjetiva de su personería, que se traducía en un motivo de nulidad de lo actuado, y de ahí la providencia previa de que se ha hablado. Más rectificada como queda tal apreciación, es otra cosa lo que corresponde decidir".

Termina la sentencia reconociendo "la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de las partes", y, en consecuencia, confirma la de primer grado.

El recurso

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el actor, quien la acusa por las causales 1ª, 2ª, 6ª y 7ª del artículo 520 del Código Judicial, o sea por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea; por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; por concurrir en ella una causal de nulidad, en relación con los ordinales 1º del artículo 448 y 3º del 147 del C. J., "o sea por incompetencia de jurisdicción en sus consideraciones"; y por "haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo".

El recurrente cita como violados por la sentencia los artículos 6, 17, 763, 1352, 1528, 1625, 2487, y 2488 del C. C.; 214, 225, 329, 330, 333, 450, 471, 472, 482, 494 y 745 del C. J.; y 15 de la Ley 95 de 1890.

Resumiendo los confusos razonamientos del actor, puede decirse que funda sus recursos en los siguientes argumentos:

a) Que como él inició su acción no sólo en su calidad de hijo legítimo y como tal heredero del doctor Angel E. Díaz, sino también en su carácter de ejecutante en una de las ejecuciones seguidas contra el señor Julián Bahamón P., de cuya revisión se trata, la sentencia no ha debido desconocerle este último carácter, que no

necesitaba de pruebas especiales, distintas de las referentes a la indicada ejecución, las cuales obran en autos. Que la sentencia viola también las disposiciones citadas, porque le desconoce el derecho que él tiene como tal ejecutante, para pedir la nulidad del contrato de mutuo sobre que versó la ejecución y la revisión de ésta por la vía ordinaria. Que viola el artículo 1625 del C. C., porque lo sustituye por el 329 del C. J., porque no obstante haber declarado, en auto ejecutoriado, que no estaba probada la excepción dilatoria de inepta demanda como propuesta por los demandados, viene ahora a declarar probada esa excepción como perentoria, "creando así un sistema de excepción nueva y extraordinaria como extintiva de mis derechos". Que viola la ley sustantiva porque no apreció la copia auténtica y registrada de la escritura número 625, de 11 de agosto de 1927, de la Notaría primera de Neiva, que contiene la hijuela que se le formó a la señora Diva G. v. de Bahamón, como cónyuge sobreviviente, en la sucesión del señor Julián Bahamón P. Que también desconoció o dejó de apreciar la partida de defunción del señor Angel E. Díaz la cual —debe advertirse— la presentó el actor bastante tiempo después de estar ejecutoriado el auto de citación para sentencia de segunda instancia. Que violó el artículo 17 del C. C., porque le da carácter de disposición general o reglamentaria a una sentencia dictada en otro juicio.

b). Que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque habiendo el recurrente demandado también en su carácter particular, como ejecutante en una de las ejecuciones de cuya revisión se trata, nada resolvió sobre este punto, y agrega:

"Igualmente acusó esa sentencia por la misma causal con relación a los demandados, porque habiéndolos demandado como legitimarios de Bahamón y subsidiariamente como herederos de aquél y como adjudicatarios que fueron en esa sucesión de los bienes que persigo, esa sentencia ha debido resolver en consonancia con tales circunstancias, separadamente respecto de cada una de ellas, como fundamentos que eran de mi demanda, pero no absolverlos a secas y en conjunto como se hizo por no haber yo acreditado mi calidad de heredero de Díaz, ni el de los demandados respecto de su causante".

c). Dice el recurrente que acusa la sentencia por concurrir en ella la causal 6a. del artículo 520, en relación con los ordinales 3o. del artículo 147 y 1o. del 488 del C. J., "o sea por incompetencia de jurisdicción en sus consideraciones", y que la funda en que habiendo el Tribunal declarado no probada la excepción dilatoria de inepta demanda, por auto de fecha 5 de mayo de 1937, no puede ahora resolver lo contrario, a pretexto de una declaración innecesaria y extemporánea, con violación manifiesta del artículo 494 del C. J.

d). Por último, la causal 7a. del artículo 520 del C. J., la hace consistir el recurrente en que habiendo demandado él también en su propio nombre, como ejecutante en una de las ejecuciones que cita, nada resolvió la sentencia en relación con esa solicitud, y en que habiendo reclamado contra esa omisión, el Tribunal concedió el recurso de casación sin decir nada al respecto.

La Corte considera:

Evidentemente no aparece probado en autos que el demandante, César M. Díaz, sea hijo legítimo y como tal heredero del señor Angel E. Díaz, carácter con el cual inició la demanda, ni está probado tampoco que los demandados, señores Diva G. v. de Bahamón y Arcesio Bahamón G., sean los representantes legales de las sucesión del señor Julián Bahamón P. En esas condiciones es claro que no puede prosperar la demanda, porque no resulta acreditada la personería sustantiva de las partes, cuestión esencia de este juicio.

Es verdad que Díaz inició el pleito también como ejecutante que fue en una de las ejecuciones de cuya revisión se trata, y que ese aspecto no fue expresamente estudiado en la sentencia, pero dicha omisión no puede tener la trascendencia que el recurrente le atribuye, si se piensa en que la demanda no pudo prosperar porque no aparece probada la personería sustantiva de la parte demandada, objeción que enerva también la calidad personal que el recurrente alega, a lo cual debe agregarse que no siendo posible separar las peticiones que hizo el demandante en su carácter de hijo legítimo y como tal heredero del señor Angel E. Díaz, de las que hizo en su carácter de ejecutante, y no apareciendo probada aquella calidad, como ya se vio que no aparece, no era posible tampoco que la demanda prosperara por el aspecto de que se viene hablando.

Es cierto que el Tribunal había declarado no probada la excepción dilatoria de inepta demanda, lo cual no se opone a que en la sentencia definitiva declare proba-

da la perentoria de ilegitimidad sustantiva de las partes, con arreglo a los artículos 328, 329 y 343 del C. J., y de acuerdo con lo que el mismo Tribunal dijo en el siguiente párrafo, tomado de su auto del cinco de mayo de mil novecientos treinta y siete:

"Sirve todo lo anterior para demostrar que si alguna razón de ser tiene la excepción propuesta por el señor apoderado de los demandados referidos, ella no puede tener un carácter meramente adjetivo o procedimental, sujeto a un incidente de especial y previo pronunciamiento, porque en realidad se trata de algo que toca con el fondo del asunto y que sólo puede estudiarse y decidirse al dictar el fallo que corresponda en definitiva".

No resulta ser cierta la afirmación que hace el recurrente de que demandara a los señores Diva G. v. de Bahamón y Arcesio Bahamón G., como adjudicatarios de los bienes de la sucesión de Julián Bahamón P. De consiguiente, ninguna importancia tenía la apreciación o no apreciación de la citada escritura 625, toda vez que las pruebas que ha debido presentar el demandante eran relativas al estado civil, necesarias para demostrar que los demandados son los representantes legales de la sucesión de Julián Bahamón P. Además, la indicada escritura serviría para probar que se adjudicaron unos bienes a la señora Diva García v. de Bahamón, pero no demuestra que Arcesio Bahamón fuera también adjudicatario en la referida sucesión.

Tampoco podía el Tribunal apreciar la partida de defunción de Angel E. Díaz, porque fue presentada mucho tiempo después de estar ejecutoriado el auto de citación para sentencia de segundo grado (ordinal 3º del artículo 597 del C. J.), y porque no se está en el caso contemplado en el artículo 598 idem. Además, aun apreciándola, esa partida demuestra el fallecimiento de Angel E. Díaz, pero no que César M. Díaz es hijo legítimo de aquél.

Que se violó el artículo 17 del C. C. no pasa de ser una afirmación sin fundamento, porque lo que hizo el Tribunal fue citar, por vía de doctrina, una sentencia dictada en otro juicio.

Igualmente equivocado resulta el cargo hecho por el recurrente, de que existe en la sentencia una causal de nulidad, "por incompetencia de jurisdicción en sus consideraciones". Basta enunciar ese cargo y leer los artículos 143 a 147 y 448 del C. J., para concluir que es completamente infundado. Además, ya se vio que no obstante haber declarado el Tribunal no probada la excepción dilatoria de inepta demanda, en un incidente de especial y previo pronunciamiento, el artículo 343 del mismo Código lo autoriza para declarar en la sentencia definitiva las excepciones perentorias que encuentre probadas.

Los cargos consistentes en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y en que el Tribunal se abstuvo de resolver lo relativo a la acción intentada por el recurrente en su carácter particular, como ejecutante, quedaron contestados al estudiar el primer cargo, pero podría agregarse, respecto del último, que el Tribunal no declaró que se abstenía de fallar ese asunto, y si se abstuvo fue, sin duda, porque era inoficioso hacerlo, dadas las razones que atrás se consignaron.

Es suficiente lo dicho para concluir que carecen por completo de fundamento los cargos formulados contra la sentencia de que se ha venido haciendo mérito, la cual no ha de infirmarse.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha diez de abril de mil novecientos cuarenta.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO NUMERO 162.

En Bogotá, a los diez y nueve días del mes de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, reunidos en Sala los señores Magistrados doctores Absalón Fernández de Soto, José Antonio Montalvo y Campo Elías Aguirre, quienes forman la de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el primero de los nombrados presentó el siguiente proyecto de acuerdo, que fue aprobado:

El doctor Luis Caro Escallón, como apoderado de la parte civil en el sumario averiguatorio de los sucesos criminosos ocurridos en la población de Gachetá el día 8 de enero de 1939, ha pedido al Ministerio de Gobierno el cambio de radicación de aquel informativo.

Esa solicitud, acompañada de un certificado del Juez 1º de Instrucción Criminal de esta ciudad y de la copia de un acuerdo dictado por la Sala Penal del Tribunal de este Distrito Judicial, ha sido enviada a la Corte para que emita el concepto que le corresponde de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 94 de 1938.

De la documentación presentada, resulta:

1º Que el sumario para la investigación de tales hechos fue repartido al Juez Segundo Superior de Bogotá;

2º Que en el expediente figuran como sindicados el doctor Antonio Guzmán Blanco, quien fue detenido y se halla excarcelado con fianza, y el doctor Luis Guzmán Blanco, a quien se le recibió declaración indagatoria (puntos 3º y 4º del certificado del referido Juez 1º de Instrucción Criminal). En el punto 7º se hace constar que al citado doctor Luis Guzmán Blanco se le recibío indagatoria el 19 de enero de 1939;

3º Que con motivo de un recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Superior de Bogotá, el expediente fue repartido y correspondió a la Sala Penal formada por los Magistrados doctores Dionisio Arango Vélez, Edilberto Arévalo Correal y Alejandro Copete Mafla, habiendo sido fijado en lista el 23 de octubre de 1939;

4º Que con posterioridad al conocimiento que tuvo la Sala Penal del Tribunal de las piezas del expediente, por acuerdo número 4 de 29 de julio de 1940 esa Corporación nombró interinamente Juez 4º Superior de este Distrito Judicial al doctor Luis Guzmán. La copia del acuerdo aparece al pie de un memorial que dice:

"Señor Presidente del Tribunal Superior (Sala Penal).

"Atentamente pido a usted se sirva ordenar a la Secretaría se me expida una copia auténtica del acuerdo de la Sala Penal de ese honorable Tribunal en que aparece hecho el nombramiento de Juez 4º Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la persona de quien actualmente lo desempeña doctor Luis Guzmán Blanco. En la copia se insertarán las firmas de los Magistrados que suscribieron el acuerdo, incluyendo los salvamentos de voto que allí aparezcan.—Bogotá, septiembre 28 de 1940. — Señor Presidente, (Fdo.) Juan Uribe Cualla".

5º Que según lo expresa la parte final del referido acuerdo, de los cinco Magistrados que integran la Sala Penal, uno, el doctor Gutiérrez, votó por persona distinta del doctor Guzmán Blanco, y otro, el doctor Forero, votó en blanco.

En apoyo de su solicitud, el peticionario hace varias consideraciones, entre otras la siguiente:

"La única Sala de Decisión del Tribunal Penal de Bogotá que está integrada exclusivamente por Magistrados liberales, es la del doctor Arango Vélez, o sea aquella a la cual correspondió conocer del proceso de Gachetá. Parece innecesario destacar la innegable conveniencia que hay de que en un proceso tan importante, grave y delicado, que afecta a todo el país, se busque la posibilidad de que interven-

gan para el conocimiento definitivo Magistrados de ambos partidos políticos".

De las pruebas que aporta el memorialista, consideradas en su valor propio, no se deduce que la actuación de los Jueces y Magistrados a quienes ha correspondido intervenir en el proceso, se resienta de falta de imparcialidad. Pero si no hay en los documentos presentados motivo para presumir que la serenidad de aquellos funcionarios llegue a perturbarse por infruencias extrañas a su misión, la Corte considera que el ejercicio de la facultad que la ley ha otorgado al Gobierno para variar la radicación de los sumarios y causas tiene especial aplicación en procesos de excepcional gravedad, como este de Gachetá, que desde su iniciación ha dado lugar a debates públicos ardientes en la prensa y en el parlamento, ya sobre los presuntos responsables directos o indirectos de los sucesos, ya sobre algunos incidentes de la investigación. Se trata de hechos criminosos que conmovieron a la opinión pública, consumados bajo el influjo de las pasiones políticas y sería conveniente, para abundar en garantías, sustraer su juzgamiento del Distrito Judicial en donde ocurrieron, lo que sin duda fortalece la confianza que todos los ciudadadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia.

Debe tenerse en cuenta que tratándose de asuntos criminales que para su juzgamiento requieren la intervención del Jurado, la Corte ha opinado favorablemente al cambio de radicación cuando concurren factores que pudieran alterar el ambiente social, con perjuicio de la serenidad de los ciudadanos llamados a integrar el Tribunal popular (Acuerdo número 140 de 7 de junio, 144 de 3 de julio y 154 de 9 de octubre de 1940).

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, **emite concepto favorable** al cambio de radicación del sumario sobre los sucesos criminosos ocurridos en la población de Gachetá el día 8 de enero de 1939.

Cópiese en el libro respectivo, envíese al Ministerio de Gobierno, con sus antecedentes, y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

Para constancia se firma por los señores Magistrados y por el suscrito Secretario.

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello, Srio.

CONSULTA DE UN SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Examinadas todas las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal que pudieran estimarse pertinentes, ha llegado la Sala, después de prolongado estudio y debatido el asunto en varias sesiones, a la conclusión de que no existiendo en dicho Código precepto legal que establezca la consulta para las providencias de sobreseimiento, no puede la Corte atribuírse ese grado de jurisdicción, salvo el caso del artículo 430.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, primero de junio de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

Vistos: Viene en consulta a la Corte el sobreseimiento dictado por el Tribunal Superior de Santa Marta, con fecha 28 de septiembre de 1939, a favor del doctor Aquileo Osorio, por cargo de responsabilidad como Juez de Tierras de Ciénaga.

Al asunto se le ha dado la tramitación de regla y ha llegado el tiempo de decidir acerca de su legalidad.

El señor Procurador Delegado en lo Penal concreta así el caso:

"En consulta ha subido a la H. Corte el auto de fecha 28 de septiembre del año pasado, proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, por medio del cual sobresee definitivamente en favor del doctor Aquileo Osorio A. por cargos de responsabilidad como Juez de Tierras de Ciénaga.

"I. Según el denuncio presentado por el señor Juan del Villar Cayón, al doctor Osorio A. se le hace el cargo de haber cobrado la suma de $ 150.00, correspondiente al sueldo de la primera quincena del mes de agosto de 1938, sin haber devengado ese sueldo, desde luego que dicho doctor pidió licencia y se trasladó a Bogotá. De donde deduce Villar Cayón que el Juez de Tierras cometió un delito contra la Hacienda Pública.

"Abierta la investigación, se esclareció debidamente lo siguiente:

"Que el doctor Aquileo Osorio A. pidió licencia provisional para trasladarse a Bogotá; que, antes de retirarse del despacho, dejó firmada una nómina correspondiente a la primera quincena de agosto; que esa nómina sólo representaba ante el pagador un mero vale por el valor de la quincena, desde luego que únicamente al fin del mes se presentaba la nómina de rigor, que era el verdadero documento que hacía fe ante el pagador sobre los servicios prestados; que el valor de la primera quincena de agosto lo recibió el juez interino, quien hizo el reparto de las sumas de dinero de acuerdo con los días devengados por cada uno de los empleados que estaban desempeñando su cargo; y que al doctor Osorio A. no se le pagó el valor de toda la primera quincena de agosto, sino los dos días que había desempeñado el cargo.

"II. Así ocurridos los hechos, resulta evidente que el doctor Osorio no ha cometido ningún delito, por la sencilla razón de que él no recibió el valor de la quincena entera como si hubiese estado al frente del Juzgado, sino el valor de los dos primeros días de agosto que le correspondían legalmente, porque hasta esa fecha estuvo desempeñando el cargo.

"Además, el hecho de que la nómina provisional correspondiente a esa quincena estuviera firmada por el doctor Osorio como Juez, no entraña un delito de falsedad, porque esa nómina, según la costumbre establecida por el pagador de los empleados del Juzgado, no representaba sino un simple vale, que venía a legalizarse al fin del mes, con la discriminación de los empleados y de sus sueldos realmente devengados. Y como esta discriminación mensual se hizo de acuerdo con la verdad de lo ocurrido durante la licencia del doctor Osorio, sin que nadie percibiera del tesoro público una cantidad que no hubiese devengado, es por demás claro que la Hacienda de la Nación no ha recibido perjuicio alguno, ni que de parte de los empleados del Juzgado de Tierras hubo actividad dolosa que merezca reprimirse penalmente.

"Por tanto, la Procuraduría encuentra legal el sobreseimiento consultado y pide a la H. Corte, de manera respetuosa, que lo confirme".

De la anterior exposición se deduciría la necesidad de confirmar el auto de sobreseimiento del Tribunal y a ello se habría procedido si hubiera disposición legal que le diese a la Corte competencia para conocer por consulta de esta clase de providencias.

Examinadas todas las disposiciones del nuevo Código de Procedimiento Penal que pudieran estimarse pertinentes, ha llegado la Sala, después de prolongado estudio y debatido el asunto en varias sesiones, a la conclusión de que no existiendo en dicho Código precepto legal que establezca la consulta para las providencias de sobreseimiento, no puede la Corte atribuírse ese grado de jurisdicción, salvo el caso del artículo 430.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, se abstiene de revisar el sobreseimiento definitivo consultado y ordena devolver el expediente al Tribunal de su origen.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello, Srio.

NO PUEDE SER CONDENADO COMO RESPONSABLE DE HURTO EL PROCESADO A QUIEN SE ENJUICIO POR ROBO

No puede ser condenado como responsable de hurto el procesado a quien se enjuició por robo, aun cuando la pena imponible por hurto sea inferior a la que corresponda por el robo, porque el auto de proceder señala los límites de la acción penal y porque la discrepancia entre la sentencia y el auto de proceder en cuanto a la denominación del delito implica nulidad sustancial del procedimiento que origina un dilema no entre dos condenaciones inevitables sino entre una pena cierta y otra que sólo es probable, pues dentro de las contingencias del juicio está la posibilidad de una absolución al repetirse éste.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, trece de agosto de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

En casación, contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, recurren Francisco Sabat y Mahomet Alijusept o Mahomet Ali Eff Jusef.

Impuso tal sentencia a cada uno de dichos reos la pena principal de ocho años de prisión por hurto, ateniéndose al veredicto del jurado que los declaró responsables de este delito y no del robo por el cual se les había llamado a juicio.

Los memoriales de los interesados y su defensor plantean la casación por las causales 1ª, 3ª y 4ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931; y aun se alude en alguno de aquellos escritos a la causal 5ª del artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Pero tanto el apoderado especial ante la Corte, doctor Gabriel Rodríguez Diago, como el señor Procurador General de la Nación invocan además la causal 2ª de la Ley 118, o sea, haberse dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad.

Se trata de proceso iniciado antes de entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal y, por eso, la casación debe contemplarse no ante las normas de éste sino a la faz de la Ley de 1931.

Los sindicados fueron llamados a juicio por el delito de robo; el jurado contestó los respectivos cuestionarios afirmando la responsabilidad de los reos, pero agregó: "Sin fuerza ni violencia".

Sostiene el señor Procurador de la Nación y el señor apoderado de los recurrentes, que de conformidad con el artículo 49 de la Ley 169 de 1896, el Juez no ha debido proferir sentencia condenatoria, según lo hizo, sino declarar terminado el proceso por el delito de robo, y llamar ahí mismo a juicio a los reos por el delito de hurto.

No habiéndolo hecho de esa manera, el procedimiento es nulo a partir de la sentencia de primera instancia, dice el señor Procurador Delegado, pues "el Tribunal aprehendió el conocimiento sin competencia para ello, por haberse pretermitido las instancias en cuanto al hurto".

El señor apoderado de los recurrentes sustentando, en subsidio de la causal 2ª — nulidad—, la causal 4ª, se explica así:

"Ciertamente la sentencia que acuso no está en desacuerdo con el veredicto del jurado; pero precisamente es por esto por lo que está en ostensible discrepancia con el aùto de proceder; y es esto, precisamente, lo que vicia el fallo recurrido y lo que lo hace casable".

El motivo de casación así alegado por los recurrentes puede contemplarse, como se ve, tanto a la faz de la causal 2ª—nulidad sustancial en el procedimiento—, como en relación con la causal 4ª, "no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

Para resolver la Corte considera:

A los sindicados se les llamó a juicio por un delito, el de robo, y su defensa tenía que concretarse a ese cargo y no a otro.

Dice el Tribunal sentenciador que el robo y el hurto no son delitos de diverso género sino de distintas especies dentro de un mismo género puesto que en uno y otro se quita o toma lo ajeno, con ánimo

de apropiárselo, y que la única diferencia entre ellos consiste en que para el robo se emplea fuerza o violencia mientras que el hurto se efectúa mediante fraude solamente.

En teoría puede aceptarse la tesis del Tribunal sentenciador, y aun considerarse que todos los delitos contra la propiedad forman un solo género de infracciones punibles dentro del cual se distinguen o separan las diferentes especies por determinada nota que a cada una de ellas la caracteriza.

En efecto: se entiende, en general, por especie el conjunto de individuos que tienen uno o varios caracteres comunes; y por género, un conjunto de especies que, a su vez, son semejantes entre sí por tener varios caracteres comunes.

Pero el legislador colombiano aceptó implícitamente la clasificación que algunos filósofos hacen de los géneros en supremos, medios e ínfimos.

Tomando como género supremo la infracción punible en general, el Código de 1890 dividió los delitos en dos grandes grupos: a) delitos que afectan principalmente a la Nación o que sean cometidos por empleados públicos, grupo o género que abarca el libro segundo del Código; b) delitos contra los particulares, infracciones de que trata el libro tercero.

Pudiera decirse que esta división corresponde a los dos géneros supremos y que el legislador quiso agrupar luégo en cada capítulo los géneros medios e ínfimos.

La legislación vigente antes del 1º de julio de 1938 consideró que cada capítulo del Código Penal contemplaba un género: por ejemplo, en el capítulo referente a homicidio que es el género, se agrupan las especies de premeditado, involuntario simple, voluntario atenuado, parricidio, asesinato, etcétera; dentro del género denominado robo, figuran, en el respectivo capítulo, las diferentes especies de este delito, diferenciadas por sus notas esenciales, según que el hecho se efectuara con fuerza y violencia a las personas o con fuerza y violencia a las cosas, en lugar habitado o en sitio deshabitado, en casos de incendio, naufragio u otra calamidad, en cuadrilla de malhechores, etc.

El artículo 345 de la Ley 105 de 1890 dice así:

"En la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento se formulará el cargo mencionando el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente Título, cuando este no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, delitos y culpas contra los funcionarios y empleados públicos, etc., sin calificar, desde luego, si el homicidio fue premeditado, involuntario o de otra especie, ni señalar algún artículo especial en el capítulo o sección correspondiente de la ley penal que trate del delito materia del proceso".

Y el artículo 264 de la Ley 57 de 1887 trae, entre otros motivos de nulidad en los juicios criminales, el siguiente: "Haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito".

No hay duda de que esta última disposición, relacionándola con la que acaba de trascribirse, se refiere al nombre con que el respectivo capítulo del Código Penal designa el delito sobre que versa el proceso.

Ahora: como la sentencia sólo puede versar sobre los cargos formulados en el auto de proceder, si se llamó a juicio por hurto no sería jurídicamente aceptable que se condenase por robo, o viceversa.

El auto de proceder señala los límites de la acción penal dentro del respectivo juicio y esos límites no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el artículo 22 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las formas propias de cada juicio.

No se diga que cuando el llamamiento a juicio ha sido por homicidio y el Jurado declara que no fue éste el delito cometido sino el de lesiones o heridas deba proferirse sentencia condenatoria por cuanto el reo queda favorecido si se le impone una sanción menor que la correspondiente al delito por el cual se le procesó.

Es posible que así ocurra en un caso concreto y quizá en el de que ahora se trata.

Piénsese, sin embargo, cómo en otros procesos podría acontecer que si el hecho materia del juicio se ha calificado, verbigracia, como estafa o apropiación indebida, los argumentos y medios de defensa tienen que ser diversos de los que se emplearían caso de que el hecho se considere como un delito de hurto.

La solución favorable basada en la idea del delito menos grave no es aceptable cuando acerca de la denominación del delito hay discrepancia entre la sentencia y el auto de proceder porque no se presenta un dilema entre dos inevitables conde-

naciones sino entre una pena cierta y otra que apenas es probable, pues en las contingencias del juicio está la posibilidad de una absolución.

Por lo demás, en el Derecho Positivo colombiano el punto aparece contemplado y resuelto de modo claro, como pasa a verse.

Cuando una causa criminal que deba seguirse sólo ante Juez de derecho notare éste, a tiempo de dictar sentencia, que el cargo por el cual ha de imponerse la sanción está en capítulo del Código Penal distinto de aquel por el cual se llamó a juicio, puede enderezar el procedimiento anulando la actuación, por error en la denominación genérica del delito, desde el auto en que se abrió causa criminal.

Y tratándose de juicio por Jurado también puede el Juez, si a tiempo de sentenciar viere que hubo error en la denominación genérica del delito, declararlo así y anular el procedimiento. Pero aun cuando el Juez no considere errada la denominación dada por él al delito, "si el hecho declarado por el Jurado.... fuere de un género distinto (del delito porque se procede), declarará terminada la causa respecto del hecho o hechos a que se hubiese contraído ésta, y procederá entonces a abrir un nuevo juicio..."

Así está dispuesto claramente por el artículo 49 de la Ley 169 de 1896.

La sentencia que condena por delito diferente de aquel sobre el cual versó el llamamiento a juicio implica a la vez un desacuerdo con el auto de proceder y una pretermisión del trámite completo de las instancias, omisión que es sin duda una de aquellas que la ley de casación denomina "nulidad sustancial", porque no es una simple irregularidad de procedimiento sino una verdadera falla de las garantías legales y hasta constitucionales a que tiene derecho el reo. Es ilegal por esos dos aspectos y como violatoria del artículo 49, Ley 169 de 1896 cuya parte pertinente acaba de trascribirse.

Resulta, pues, fundado el cargo contra la sentencia traída en casación; y prácticamente daría lo mismo aceptar que el recurso prospera por la causal 2ª o por la causal 4ª, puesto que en uno u otro caso debe dictarse de nuevo el auto de enjuiciamiento, lo cual implica repetir la actuación de todo el juicio.

Observa el señor Procurador Delegado que el Juez declaró notoriamente injusto el veredicto asbolutorio respecto de Arcelia López, y que como el Tribunal aceptó esa declaratoria, "ha debido sacar copia de lo conducente para que surtiera el juicio ante un nuevo Jurado, y no enviar a la Corte, como lo hizo el Tribunal, el expediente, sin cumplir con esa formalidad".

Tiene razón el señor Procurador; pero puesto que Arcelia López ha sido sindicada como encubridora, la repetición del proceso debe comprenderla a ella, para no romper la unidad del juzgamiento.

Prosperando el recurso por la causal 4ª es inútil entrar en el examen de las otras invocadas por los recurrentes, puesto que habiéndose de dictar nuevo auto de proceder allí deberá estudiarse lo referente a las alegaciones sobre cuerpo del delito; e infirmada la sentencia no es ya pertinente hablar de indebida aplicación de la ley penal.

A mérito de los considerandos que preceden la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que impuso la pena principal de ocho años de prisión a Francisco Sabat y Mahomet Alijusept o Mahomet Ali Eff Juseff por el delito de hurto; y en su lugar dispone:

1º Revócase la sentencia condenatoria proferida contra dichos reos por el Juzgado Primero Superior de Barranquilla con fecha once de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

2º Vuelva el expediente al Juzgado de origen para que allí se le dé cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 49 de la Ley 169 de 1896.

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

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto— Julio E. Argüello R., Srio.

NO ES DELITO INSTANTANEO EL RAPTO

1.—En los juicios con intervención de Jurado sobre procesos regidos por las prescripciones de la Ley 94 de 1938, si se presenta únicamente el cuestionario de que trata la norma primera del artículo 498, no se incurre en ninguna nulidad de las que citan los artículos 198 y 199 ibídem, aun cuando sí comporta ello una grave deficiencia. — 2.—No es delito instantáneo el rapto. Síguese cometiendo, como continuo que es, mientras la persona raptada permanece en poder del raptor. — 3.—El Procurador General de la Nación no puede ni debe eximirse de intervenir en casaciones que se propongan bajo el imperio de la Ley 94 de 1938, puesto que siempre es parte *no recurrente* en la nueva legislación procesal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Vistos:

Admitido fue por la Corte el recurso de casación que el defensor de Justo Pastor García hizo valer contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que confirmó la del Juez 2º Superior de allí, condenatoria del reo a seis meses de prisión y a algunas de las penas anexas respectivas, entre las cuales figura la de indemnización de perjuicios a María de los Angeles Orozco en cuantía que asciende a mil pesos.

Y es la oportunidad de resolver sobre el fondo de la acción extraordinaria mencionada.

Resultandos:

1º El referido Juez Superior abrió causa a García por los delitos de estupro y rapto de la Orozco, un poco mayor de diez y seis años a la fecha de los delitos que, en concepto del Juez, ocurrieron en el lapso del veintiseis de julio al quince de agosto de mil novecientos treinta y ocho;

2º Apelado el auto de proceder, el Tribunal dejó subsistente el cargo de rapto y revocó el otro, sobreseyendo de modo definitivo por el estupro;

3º Sólo una pregunta se le formuló al Jurado, así: "¿Os halláis plenamente convencidos de que Justo Pastor García Osorio, varón, mayor de edad, natural y vecino de este Municipio de Manizales, soltero, agricultor, ha realizado los siguientes hechos: haberse raptado a María de los Angeles Orozco, muchacha de diez y seis años al tiempo de ejecutarse el rapto, de la casa de habitación y paterna de la raptada, sita en 'El Arenillo', de esta jurisdicción, valiéndose para ello de promesas engañosas, y haber hecho por ese medio uso carnal de ella, lo que tuvo lugar dentro de las fechas comprendidas entre el veintiseis de julio de mil novecientos treinta y ocho al quince de agosto del propio año?";

4º Una mayoría de cuatro votos contestó que sí a la cuestión;

5º La pena se dedujo del último inciso del artículo 349 del Código de 1936, y el Juez y Tribunal aplicaron el mínimo de un año de prisión, reducido a la mitad por el mandato del artículo 350, puesto que la edad de la Orozco y su consentimiento para la sustracción obligaban a la rebaja;

6º En el término que señala el inciso final del artículo 563, Ley 94 de 1938, el defensor formuló la demanda de casación, que es un escrito difuso y caótico, lleno de disgresiones y que no se presta a una fácil síntesis, e invocó las causales de los números 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 567 **ibídem**;

7º Con un laborioso esfuerzo de atención puede la Sala sacar este compendio de dicha singular demanda: Causal 1ª Que la sentencia es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, fundada el recurrente en dos puntos, a saber: el cuestionario para el Jurado únicamente versó sobre la primera norma del artículo 498 del Código de Procedimiento, prescindiendo de la interrogación acerca de la responsabilidad, y se estima-

ron perjuicios que no existieron, que no tienen prueba plena y que se derivan de un avalúo nulo por los defectos de que adolece. Causal 2ª Que la nulidad del avalúo de perjuicios entraña la errada apreciación de un hecho al cual se le atribuyó un valor probatorio que no tiene. Causal 4ª Que el fallo infringe la ley procedimental puesto que se pronunció en un juicio afectado de nulidad, la desprende el defensor de la violación de los artículos 159, 163, 198, 199, 482 a 485 y 494 de la Ley 94 de 1938. Causal 5ª Que consiste en que no se expresó clara y terminantemente en la sentencia cuáles son los hechos que se consideran probados, "pues aquella se limitó a reproducir la vista del señor Fiscal colaborador del Tribunal Superior"; y

8º Se abstuvo el señor Procurador de emitir su opinión, como se ha abstenido siempre de darla en los negocios de casación que se rigen por la Ley 94 de 1938, expresando que él no es parte no recurrente.

Considerandos:

a) Habría que observar un orden distinto del de la enunciación de las causales de casación en la demanda, para estudiarlas, si alguna o algunas de ellas estuvieran justificadas;

b) Más como ninguna de esas causales corresponde a la verdad jurídica del negocio ni encaja en el molde legal que el recurrente adujo, menester será examinarlas todas;

c) Causal del número 1º CUANDO LA SENTENCIA SEA VIOLATORIA DE LA LEY PENAL, POR ERRONEA INTERPRETACION O POR INDEBIDA APLICACION DE LA MISMA. — Ya se escribió que el recurrente la contempla bajo dos aspectos: que no se interrogó al jurado en lo tocante al elemento subjetivo (la responsabilidad), sino en cuanto a la objetividad del hecho, y que le falta base a la indemnización de perjuicios. Descártese del debate, desde luego, todo argumento en torno a la materia del pago de los perjuicios a María de los Angeles Orozco, avaluados en **mil pesos**, porque esa materia únicamente puede ser objeto del recurso de casación cuando el monto de los perjuicios **es o excede de tres mil pesos** (artículo 559 del Código procesal nuevo). Ahora bien, es cierto que el fallador de la primera instancia, al dictar el auto de que trata el artículo 497, anunció una sola cuestión para el jurado, que fue la copiada en el resultando 3º; y cierto es, también, que debió preguntarse a los Jueces de hecho sobre la norma segunda del artículo 498. Pero la mal concebida cuestión única, que encierra una grave informalidad, a lo sumo afecta la parte procedimental y no conduce de ninguna manera a la conclusión de que se haya violado la ley penal sustantiva en la sentencia;

d) Causal del número 2º CUANDO POR ERRADA INTERPRETACION O APRECIACION DE LOS HECHOS, EN LA SENTENCIA SE LES HAYA ATRIBUIDO UN VALOR PROBATORIO QUE NO TIENEN, O SE LES HAYA NEGADO EL QUE SI TIENEN, O NO SE LES HAYA TOMADO EN CUENTA A PESAR DE ESTAR ACREDITADOS EN EL PROCESO, O CUANDO RESULTE MANIFIESTA CONTRADICCION ENTRE ELLOS; SIEMPRE QUE SEAN ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO, DETERMINANTES, EXIMENTES O MODIFICADORES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES O PARTICIPES, O CIRCUNSTANCIAS QUE HAYAN INFLUIDO EN LA DETERMINACION DE LA SANCION. — El recurrente habla de esa causal circunscribiéndola a la pretendida nulidad del avalúo de perjuicios. Y ya manifestó la Sala que lo que se refiere a perjuicios no puede ser objeto del presente recurso de casación, porque no se reúnen los requisitos del artículo 559. De otro lado piénsese en que la apreciación o interpretación erradas de los hechos, etc., se supeditan a la condición de que los mismos hechos **sean elementos constitutivos del delito, o determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la pena principal.** Y qué nexo liga el reparo del defensor recurrente a la condena en perjuicios con tales elementos y circunstancias?;

e) Causal del número 4º CUANDO LA SENTENCIA SEA VIOLATORIA DE LA LEY PROCEDIMENTAL POR HABERSE PRONUNCIADO EN UN JUICIO VICIADO DE NULIDAD. — Aquí agotó el recurrente hasta los medios más artificiosos y raros para probar la nulidad del proceso. Que el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal prohibe al Juez o al Agente del Ministerio Público hacer calificaciones ofensivas respecto del procesado, y que el Tribunal no redactó la sentencia con los **resultandos** y **considerandos** del artículo 159. Ni el Tribunal

Superior de Manizales ofendió en nada al reo y su defensor, ni eso acarrearía nulidad, como no la comporta el venial pecado contra el artículo 159. Que se produjo la nulidad del ordinal 8º del artículo 198, por error en la época de la comisión del delito de rapto, fijada "entre el veintiséis de julio de mil novecientos treinta y ocho y el quince de agosto del propio año", y más o menos razona así el recurrente: el rapto es delito **instantáneo**; Justo Pastor García se llevó a la muchacha el 26 de julio, y volvió la Orozco a su hogar el 30 o el 31 de ese mes, luego como el hecho no pudo extenderse al 15 de agosto, la equivocación es clara. La Corte replica: no es instantáneo el delito de rapto. Es **continuo** porque "perdura en forma inerte" mientras la persona raptada permanezca en poder del raptor, como lo sostienen autorizados expositores de Derecho Penal. Una vez arrebatada, sustraída o retenida una mujer para los efectos de los artículos 349 a 356 del Código Penal de 1936, no termina el rapto. Tanto es así que el punto de partida para la prescripción de la acción penal del rapto ha de ser el día en que la mujer regrese al lugar de donde la sacaron. De suerte que estuvo cumpliéndose el delito hasta el 30 o el 31 de julio, desde el 26 del mismo mes; y si en las dos instancias se señaló la fecha terminal del 15 de agosto, ello no se traduce en error relativo a la época de la perpetración del hecho. Que existe la nulidad del número 4º en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, puesto que cuatro de los jurados no tenían las cualidades necesarias para desempeñar el cargo, alega el recurrente, y afirma que dos de esos ciudadanos **no son sino periodistas**, y los otros dos "comerciantes o comisionistas de **menos cuantía**", por lo cual no poseen una cultura media ni ejercen profesión u oficio de aquellos que exigen capacidades intelectuales (artículo 494). Y el recurrente defensor se alarga en un prolijo y curioso análisis de su tesis. Pero la Corte pregunta cuándo un periodista o un comerciante, por serlo, no puede juntar las cualidades exigidas por el artículo 494 de la Ley 94 de 1938? Y para que a esos cuatro jurados se les desconozcan dichas calidades bastará el desnudo aserto del recurrente? No basta. Y que también, por último, es nulo el juicio porque nulas son las listas de jurados que acordó el Tribunal Superior de Manizales, debido a que no concurrió a la reunión en pleno uno de los magistrados de la Sala Civil, y a que se hicieron por aclamación aquéllas, contrariando los preceptos de los artículos 482 a 485 del Código procesal penal. Y cuál es la prueba de las ilegalidades apuntadas por el recurrente en lo de las listas de jurados? No aparece la demostración ni la Corte tiene facultad para allegarla. Y aun cuando resultasen probadas esas ilegalidades no constituirían nulidad, pues no están comprendidas en los artículos 198 y 199;

f) Causal del número 5. CUANDO EN LA SENTENCIA NO SE EXPRESE CLARA Y TERMINANTEMENTE CUALES SON LOS HECHOS QUE SE CONSIDERAN PROBADOS. — El fallo del Tribunal de Manizales es de motivación exigua, pero sí contiene el razonamiento indispensable que toca con los dos hechos primordiales del cuerpo del delito y de la culpabilidad. Y, además, la causal del número 5º del artículo 567 quizá no sea aplicable en todo su rigor a las causas en que el jurado funciona, pues los Tribunales Superiores no se pueden mover sino en un estrecho radio de acción que es el marcado por el veredicto;

g) No hallándose justificada ninguna de las causales aducidas, la Corte debe obedecer el mandato del artículo 569 del Código de Procedimiento Penal; y

h) El haberse eximido la Procuraduría de intervenir en casaciones nuevas, es un serio y grave error, que de no ser rectificado dejaría a esa oficina con muy escasas funciones en el ramo penal. El Ministerio Público en cada una de las instancias de un juicio y en cada recurso extraordinario que se intorponga por el reo o su defensor a la parte civil, es una institución de unidad indivisible que no se rompe ni romperse puede por las diferencias de las varias categorías que la componen. La escala jerárquica del Ministerio Público no exonera al Procurador General de representarlo ante la Corte, por más que haya sido un fiscal, inferior suyo, quien actuó como parte recurrente o como no recurrente, pues la representación de dicho Ministerio, por ser de derecho público, es obligatoria y no meramente facultativa. Si el artículo 92 de la Ley 94 de 1938 impone al Ministerio Público el imperativo deber de su intervención necesaria **en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal**, por qué se dice en casación "las partes no recurrentes sólo son las que actúan ante el Tribunal Superior"? Y si en la audiencia pública del artículo 566 "se observarán las disposiciones generales al respecto", y si

una de esas disposiciones generales es que la audiencia se celebre "con la asistencia del Agente del Ministerio Público", a cuál agente del ministerio público se referirá el artículo 465? Al Fiscal del Tribunal Superior? De modo que la Corte debe citar para una audiencia al Fiscal que intervino en la segunda instancia? Sería un absurdo. Y si el recurrente es la parte civil en el caso del artículo 559, qué papel desempeñaría en casación el señor Procurador delegado en lo penal, si se medita en las inevitables cooperación e intervención que imponen los artículos 93 del Código Penal y 24 de la Ley 94 de 1938? Y si el recurrente es el Fiscal de un Tribunal Superior nada haría en casación el señor Procurador porque el Ministerio Público ejercido por el Fiscal es un Ministerio Público diverso del de la Procuraduría?

Y de consiguiente, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, sin concepto del señor Procurador delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **desecha** el recurso de que se ha hecho mérito y ordena devolver el proceso al Tribunal Superior de Manizales.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO EN EL ACTO MISMO DE RECIBIR INJURIA GRAVE

El artículo 604 del Código Penal anterior, exigía tres condiciones para su aplicación: a) Existencia de una provocación (ofensa, injuria o deshonra grave); b) Que esa provocación se hiciera al homicida o a alguna de las personas expresadas en el artículo 587 de la misma obra; y c) Que el homicidio se ejecutara en el acto mismo de recibir la ofensa, esto es, que no hubiera solución de continuidad entre la agresión y la reacción delictiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Zacarías Meneses fue condenado por el Tribunal Superior de Popayán a la pena principal de seis años de presidio, como responsable de la muerte de Octaviano Bolaños, e interpuso casación contra ella invocando las causales 1ª, 3ª y 4ª del art. 3º, Ley 118 de 1931.

El señor Procurador Delegado en lo Penal impugna el recurso en cuanto a la causal 3ª —cuerpo del delito— por no presentar el proceso ningún lado vulnerable respecto de la muerte violenta que sufrió Bolaños a causa de la obra o actividad injusta de otro hombre.

Pero dicho funcionario coadyuvó el recurso respecto de las causales 4ª y 1ª: desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado, y consiguiente aplicación indebida de la ley penal.

Tanto el reo como el señor Procurador plantean el caso en forma que puede sintetizarse así: al cuestionario propuesto por el Juez en que se pregunta si Zacarías Meneses es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Octaviano Bolaños, contestó el Jurado: "Sí, al recibir una ofensa".

El Tribunal sentenciador tomó este veredicto como simplemente afirmativo de la responsabilidad, sin atribuírle valor alguno a la frase explicativa que los jueces de conciencia agregaron: con ese criterio y sin más análisis del veredicto, aplicó el artículo 600 del viejo Código Penal, siendo así que quien mata en el acto mismo de recibir una ofensa grave, al tenor de aquel Código, debía ser sancionado no con la pena del artículo 600 sino con la del 604, reclusión de seis meses a un año.

La Corte considera:

Ninguna objeción seria puede oponerse en el presente caso a la comprobación del cuerpo del delito; y el mismo alegato del recurrente al referirse a esta causal no argumenta acerca del hecho criminoso sino más bien sobre la prueba de la responsabilidad. Resultaría, pues, inútil, insistir sobre ese punto.

La Sala está de acuerdo con el señor Procurador de la Nación en cuanto al análisis que hace del veredicto y a la apreciación del desacuerdo que se advierte entre éste y la sentencia; y a fin de evitar inútiles repeticiones trascribe a continuación los apartes de la vista, y que dicen así:

"Es cierto que el artículo 600 de ese Código reprime el homicidio simplemente voluntario con seis a doce años de presidio, pero siempre que se trate de un caso previsto en alguna disposición especial.

"Y frente a los términos del veredicto del Jurado, el homicidio imputado a Meneses se amolda cabalmente a los términos del artículo 604 del Código, que dice:

"El que, siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o a 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'.

"Este artículo exige, pues, tres condiciones para su aplicación:

"a) Existencia de una provocación (ofensa, injuria o deshonra grave).

"b) Que esa provocación se haga al homicida o a alguna de las personas expresadas en el artículo 587, y

"c) Que el homicidio se ejecute en el acto mismo de recibir la ofensa, esto es, que no haya solución de continuidad entre la agresión y la reacción delictiva.

"Pues bien: del veredicto se desprende casi la totalidad de estos elementos, faltando únicamente lo relativo a la gravedad de la ofensa, que también se cumple aquí, como luégo se verá.

"En efecto, el veredicto dice que Meneses mató al recibir una 'ofensa'; que esta ofensa fue en el acto del homicidio, puesto que empleó el infinitivo 'recibir' acompañado de la contracción 'al', y es bien sabido que el **infinitivo** precedido de **al**, significa gramaticalmente coexistencia o simultaneidad; y finalmente que esa ofensa fue hecha al propio homicida, puesto que a éste se refería el cuestionario y el Jurado no especificó como persona ofendida otra distinta de Meneses.

"Omitió, sí, el Jurado calificar la naturaleza de la ofensa, es decir, atribuírle el carácter de leve o de grave. Pero ante esta deficiencia no le queda al juzgador otro camino que recurrir a las constancias procesales, en busca de la realidad de las cosas y del pensamiento del Jurado. Y leyendo el proceso, aparece por demás claro que la ofensa a que quiso referirse el Jurado fue realmente grave.

"Dicen los autos que Zacarías Meneses y Octaviano Bolaños eran enemigos, se guardaban honda animadversión, debido a relaciones sexuales tenidas con Elodia Silva, cuya posesión preferencial se disputaron el día seis de febrero de 1935 en el paraje de 'Pericos', y de lo que allí sucedió sólo existe la declaración de Heliodora Bolaños, hermana de Octaviano, que en lo pertinente dice:

".....Zacarías se había quedado atrás buscando el gorro (de un niñito) y ya se encontró con Octaviano; no me di cuenta si se saludaron, sentí un murmullo, me parecía como que hablaba Octaviano, entonces contestó Zacarías: "yo Octaviano", entonces le contestó Octaviano: "Sí vos, so hijo de puta!' **En ese mismo momento oí yo como cuando descargan un buen machetazo como a un sachapuro;** entonces yo ya sentí que estaban ellos en riña y me iba regresando yo con los niños en la mano, yo iba gritando; cuando yo iba gritando ya salió Eugenio a llamarle la atención al hermano 'que qué era lo que les pasaba, que se dejaran de eso'... etc.

"Esa ofensa lanzada por Bolaños a Meneses es tenida en nuestro medio como grave, por afectar la honra de la madre, y mayormente debía ella revestir suma gravedad ante el ánimo de Meneses, caldeado por los celos y el odio..."

Dada la considerable diferencia entre la pena impuesta por el fallo, seis años de presidio, y la que sugiere como aplicable el señor Procurador, seis meses de reclusión, la equidad aconseja que en vez de entrar en más elucubraciones teóricas, se proceda a enmendar cuanto antes el yerro de que adolece la sentencia recurrida.

Y aceptando, como acepta la Sala que existe un desacuerdo entre el fallo del Tribunal y el veredicto del Jurado, desacuerdo que trajo como consecuencia la aplicación de una pena más de diez veces superior en cantidad a la que era legalmente imponible, se llega a la conclusión de que el recurso debe prosperar por las causales 4ª y 1ª de la Ley 118 de 1931, aplicables al caso por tratarse de un juicio iniciado bajo su vigencia.

De conformidad con el artículo 4º de dicha ley, al infirmar el fallo por estas causales, corresponde a la Corte proferir el que deba reemplazarlo.

Al hacerlo así, y en fuerza de los considerandos que preceden, la condenación debe proferirse aplicando en el presente caso la sanción establecida por el artículo 604 del Código Penal de 1890; y la calificación del delito se hace en el grado tercero o más benigno, pues bien dicen los falladores de instancia que no existe o al menos está debidamente comprobada la existencia de circunstancias agravantes y que en cambio sí aparecen algunas que deben tenerse en cuenta como atenuantes, verbi-gracia ser el primer delito que se imputa al sindicado, haber sido constantemente buena su conducta anterior y ser muy bajo el grado de cultura del reo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación penal, de acuerdo con lo pedido por el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán con fecha catorce de junio del presente año, por la cual se impone a Zacarías Meneses la pena de seis años de presidio, como responsable de la muerte violenta de Octaviano Bolaños;

2º En su lugar condénase a Zacarías Meneses a la pena de seis meses de reclusión, por el homicidio cometido en la persona de Bolaños;

Como parte cumplida de esta pena se tendrá el tiempo que el reo haya permanecido en detención preventiva, y caso de que ésta haya alcanzado a ser de seis me-

ses deberá ponérsele inmediatamente en libertad. Condénase al mismo Zacarías Meneses a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el Tesoro, así como también a la suspensión indefinida de los derechos políticos, al pago de las costas procesales y a la pérdida del arma con que ejecutó el delito, la cual se aplicará al Estado en calidad de multa.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 para los fines de anotación de la sentencia en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

IRREGULARIDADES EN EL SORTEO DE JURADOS

Ha sido doctrina constante de la Corte, consignada en numerosos fallos, el ordenar la reposición del proceso en todos los casos en que han existido errores o irregularidades en la diligencia de sorteo de jurados.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Juzgado Primero Superior de Tunja condenó a Félix Antonio y Daniel Fino Maldonado a la pena principal de 18 años de presidio para cada uno de ellos, por el delito de doble homicidio cometido en las personas de los hermanos Pedro Adán y Carmen Cruz, con aplicación en segundo grado del artículo 600 del Código Penal de 1890.

Tal fallo fue confirmado por el Tribunal de aquel Distrito Judicial, al revisarlo por vía de apelación.

Contra esta segunda providencia los acusados interpusieron recurso de casación, y como les fue concedido, los autos vinieron a la Corte, en donde cumplida la respectiva tramitación se pasa a resolver.

Por tratarse de asunto iniciado con anterioridad al 1º de julio de 1938, fecha en que entró en vigencia la Ley 94 de ese año (nuevo Código de Procedimiento Penal), la decisión del recurso, de acuerdo con el artículo 722 **ibídem**, debe contraerse a las causales 2ª y 4ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, invocadas ante la Corte por el apoderado de los recurrentes, en el siguiente orden:

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

Se hace consistir esta causal en el hecho de haberse dejado de anotar en la diligencia de sorteo de jurados los nombres de los ciudadanos que fueron recusados por el fiscal y por el defensor de acuerdo con los procesados.

Efectivamente, en el acta de esa diligencia, visible al folio 14 y vuelto del cuaderno segundo, no consta de modo expreso quiénes fueron los recusados, pues los renglones donde sus nombres debieron escribirse, aparecen en blanco.

Se debió esa omisión a un descuido involuntario, inexcusable en cualquier proceso y con mayor razón tratándose de un delito de tánta gravedad como el presente?

Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que tal falta, insignificante a primera vista, puede dar lugar a diversas interpretaciones y entonces resulta de trascendencia a la luz del numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, que erige en motivo de nulidad las irregularidades que, como la contemplada aquí, produzcan incertidumbre acerca de los designados que en realidad debían formar el Jurado.

Es de anotarse que tanto el fiscal del Juzgado como el del Tribunal, pidieron a los falladores de instancia, sin resultado favorable, la declaración de la nulidad que ahora se estudia.

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Penal coadyuva la casación por la causal 2a. Sobre el particular se expresa así:

"Es verdad que en la diligencia de sorteo general de jurados se dejaron los claros que anota el señor apoderado, y en esa forma se dejó de anotar el nombre de las personas que explícitamente recusaron el fiscal y el defensor de acuerdo con los procesados. Y aunque al final de la misma diligencia se escribió la lista de los ciudadanos que debían integrar el Jurado, siempre hay un factor de incertidumbre sobre quiénes fueron recusados y quiénes no, lo que se traduce en la nulidad contemplada en el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887".

Además, ha sido doctrina constante de la Corte, consignada en numerosos fallos, el ordenar la reposición del proceso en todos los casos en que han existido errores o irregularidades en la diligencia de sorteo de jurados.

La aceptación de esta causal no implica ni podría implicar un juicio de la Corte favorable a la inocencia de los reos o encaminada a disminuir su responsabilidad.

Al acogerla, la Sala se limita a cumplir un deber como es el de velar porque los procesos se tramiten con orden y pulcritud en toda la actuación y porque no haya irregularidades en ésta ni posibles confusiones sobre el personal que debe integrar el jurado.

Demostrada la causal 2ª, carece de objeto ocuparse de la 4ª, también alegada, como quiera que el juicio debe reponerse desde donde se vició el procedimiento (inciso 2º, artículo 4º, Ley 118 de 1931), o sea, desde el sorteo general de jurados.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, fechada el 16 de junio de 1939, que impuso a FELIX ANTONIO y DANIEL FINO MALDONADO, a cada uno, la pena principal de 18 años de presidio, como responsables de doble homicidio en las personas de Pedro Adán y Carmen Cruz; DECLARA NULO lo actuado en este proceso desde el auto de 4 de diciembre de 1936, inclusive, por el cual se señaló día para el sorteo general de jurados (visible al folio 13 vuelto del cuaderno segundo), y ORDENA, en consecuencia, reponer el procedimiento de allí en adelante.

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

Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre —Julio E. Argüello, Srio.

VALOR DEL VEREDICTO EXPLICADO, EN RELACION CON LOS CASOS DE HOMICIDIO QUE EL CODIGO PENAL DE 1890 DENOMINABA "MENOS GRAVES"

Si la parte resolutiva de la sentencia se atiene al veredicto del Jurado, acatando las adiciones o explicaciones de él, no es casable el fallo aun cuando en su parte motiva pretenda desatender tal veredicto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

María Pérez Monroy fue condenada por el Tribunal Superior de Pereira a la pena principal de seis años de presidio como responsable de haber dado muerte a Juana María Giraldo.

La procesada y su defensor interpusieron recurso de casación.

El memorial del señor abogado ataca el fallo por la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, indebida aplicación de la ley penal, pues dice que en vez del artículo 600 del Código de 1890 el Tribunal sentenciador ha debido aplicar el artículo 602 del mismo Código, como lo hizo el Juzgado **a quo** en el fallo de primera instancia; y aunque sin invocar expresamente la causal 4ª, anota de paso que "la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Opina el señor Procurador Delegado en lo Penal que no debe infirmarse la sentencia recurrida.

La cuestión planteada ante la Corte puede sintetizarse así: al cuestionario en que se le preguntó si María Pérez Monroy es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Juana María Giraldo, contestó: "Sí es responsable, por exceso de miedo".

Sostiene la parte recurrente que con ese veredicto no se le puede aplicar a la Pérez Monroy la sanción establecida en general para el delito de homicidio simplemente voluntario, sino la correspondiente "a los delitos que a juicio del Juez sean menos graves". El señor defensor de instancia dice que la atenuante del miedo está prevista en el viejo Código Penal, artículos 602 y 591 (numeral 10º).

Ante todo hay que observar que a la frase explicativa del veredicto no podría dársele el sentido de una exculpación, puesto que el Jurado declaró enfáticamente que la procesada "Sí es responsable"; y que los jueces de hecho no atribuyen la acción homicida propiamente al miedo con que obrara la sindicada, sino "al exceso de miedo".

Nótese también cómo los mismos señores abogados de la recurrente han dicho varias veces que no pretenden obtener la absolución de su defendida y que no consideran el veredicto como expresivo de un caso de legítima defensa; queda, pues, descartada la posibilidad de aplicar en este caso el artículo 591 del Código de 1890. Ni siquiera han sugerido los recurrentes la idea de que pueda tratarse de homicidio cometido por exceso en la legítima defensa (artículo 608); y han planteado el problema ante la Corte tan sólo alrededor de los artículos 600 y 602 del Código Penal de 1890.

Ahora bien: a la luz de dicho Código, habría que confrontar el caso con una de dos disposiciones: bien la del numeral 2º o bien la del numeral 6º del artículo 587. La primera de ellas contempla el caso del que mata "por un peligro, ultraje o deshonra grave, que fundadamente tema el homicida, inmediatamente antes del homicidio"; y la del numeral 6º se refiere al homicidio cometido "por causa de un acto primo, o sea, en el arrebato súbito o impensado de una pasión".

Si se considera que el veredicto coloca el homicidio de que ahora se trata en esta última categoría, la penalidad aplicable al caso sería cabalmente la del artículo 600 que el Tribunal impuso, pues el viejo Código no establecía atenuación de la pena para el delincuente pasional; y si se tiene el veredicto como declarativo de que el homicidio se cometió en la circunstancia prevista por el numeral 2º del art. 587 —fundado temor de un mal grave— también resulta aplicable el artículo 600, a menos que el delito hubiera merecido

por parte de los juzgadores de instancia la calificación de ser uno "de los menos graves, entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587".

El Juez de primera instancia dijo, refiriéndose a la frase explicativa del veredicto:

"Y no sólo contribuye aquella modalidad para desechar las circunstancias agravantes, sino que sirve para que la situación jurídica de la procesada se pueda encajar dentro del inciso segundo del artículo 602 del Código Penal, que da facultad legal al juez para que aquella pena sea impuesta a los responsables de homicidio voluntario, que dentro del numeral 2º del artículo 587 puedan considerarse como los menos graves".

Aun cuando la sentencia de primera instancia no es la materia del fallo de casación, la Corte estima conveniente hacer algunos reparos a la tesis del juzgado a quo expresada en el párrafo trascrito, por la íntima relación de esa tesis con la legalidad o ilegalidad de la sentencia del Tribunal.

No podría dársele a la frase explicativa del veredicto el doble alcance que le atribuyó el juez: como eliminadora de las circunstancias agravantes planteadas desde el auto de proceder, y al propio tiempo como una modalidad que "haga encajar dentro del inciso 2º del artículo 602 del Código Penal" este homicidio.

La declaración, implícita o explícita del Jurado sobre la existencia de las circunstancias agravantes o atenuantes del Código de 1890 (artículos 117 y 118), no obligaba al juez de derecho, porque era función privativa de éste la de "calificar" el delito en uno de los tres grados que la ley señalaba. De consiguiente, el Jurado decidía sobre la responsabilidad, pero el juez de derecho se pronunciaba sobre las circunstancias agravantes o atenuantes, para el efecto de calcular la cuantía de la pena.

Descartada, pues, la idea de que el Jurado pudiese haber fallado sobre agravantes o atenuantes —punto que, por lo demás, carece de importancia práctica en el caso de que se trata, porque los juzgadores de instancia graduaron en el mínimo el hecho y la sanción correspondiente— se pasa a examinar lo relativo a la cuestión de si el veredicto asignó al delito modalidad que acarree pena especial o distinta de la señalada en el Código de 1890 para el homicidio simplemente voluntario.

El veredicto del Jurado sobre el homicidio en Juana María Giraldo expresa que María Pérez Monroy "Sí es responsable, por exceso de miedo".

La frase explicativa del Sí no implica para el juez de derecho la obligación de considerar el delito como "de los menos graves". Esa frase apenas sirve, al tenor del Código de 1890, para especificar el hecho dentro del numeral 2º del artículo 587. Pero es claro que los homicidios cometidos en las circunstancias que contempla ese numeral (lo mismo que los numerales 1º, 4º, 5º y 7º), pueden ser o no "de los menos graves", punto este último que se resuelve no por el veredicto sino "a juicio del juez".

Al Jurado no le incumbe la aplicación de la ley y por eso sería anómalo que se le quisiera atribuír la función especial y técnica contemplada en la parte final del artículo 602 del Código que, por tanto, debe entenderse atribuída sólo al juzgador de derecho.

Por otra parte, también el Tribunal anduvo desacertado cuando dijo, en el fallo recurrido: "La modalidad agregada por el Jurado al veredicto se desechará". En casos como éste no es que se deseche parte del veredicto sino que la explicación del Jurado apenas coloca el homicidio en determinado numeral del artículo 587 del Código Penal, lo cual no quiere decir que por el solo hecho de que el homicidio voluntario se presente con las modalidades contempladas en ese numeral haya que considerar siempre el delito como de los "menos graves".

Erró pues, el Tribunal cuando dijo que podía desechar parte del veredicto; pero como en realidad no lo desechó, pues el concepto equivocado que sobre el particular se formula en la parte motiva de la sentencia recurrida no se tradujo efectivamente en la resolutiva, no hay un desacuerdo entre ella y el veredicto ni indebida aplicación de la ley penal.

Situado el caso en el numeral 2º del artículo 587 del Código de 1890 era potestativo del fallador de instancia juzgar que el delito no es de los menos graves entre los definidos allí y aplicar la sanción que en general señala para el homicidio simplemente voluntario el artículo 600; o decidir que sí es de los casos menos graves, e imponer entonces la sanción minorada que trae el artículo 602; y no es motivo de casación el hecho de que el juzgador de instancia haya ejercitado, en uno o en otro sentido, esa facultad, pues es propia y privativa suya, por mandato del mismo artículo 602.

Y lo que se dice del juez de primera instancia debe entenderse dicho también del Tribunal, como juzgador de segunda instancia.

¿Cuál de las dos decisiones —la del Juez o la del Tribunal— es más equitativa y acorde con las pruebas? Esta es una cuestión de hecho no sometida a la Corte en casación. Basta considerar que al pronunciarse sobre ese punto —acertada o erróneamente— el Tribunal lo hizo dentro de las facultades legales que son privativas suyas como juzgador de instancia, para concluír que su sentencia no podía acusarse, por este aspecto, como violatoria de la ley penal.

Ni el Juez Superior de Pereira ni el Tribunal de ese mismo Distrito, ni la parte recurrente confrontaron el caso con el nuevo Código Penal. Sin entrar, pues, a fondo en este punto, conviene advertir que dicho estatuto no contempla el miedo (a menos que sea sintomático de grave anomalía psíquica—artículo 29—), como circunstancia que afecte en el fondo la responsabilidad del agente; tan sólo considera circunstancia de menor peligrosidad 'el obrar en estado de pasión excusable, o de emoción determinada por intenso dolor o temor" (artículo 38, numeral 3º). Y es bien sabido que una circunstancia de esta clase cuando mucho llevaría al juez hacia la aplicación del mínimo de la pena, mínimo que para el caso de autos es más benigno en el Código Penal de 1890 que en el de 1936. Y ese mínimo fue el acogido en la sentencia que se ha examinado.

No prospera, pues, el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y **no infirma,** la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a María Pérez Monroy la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Juana María Giraldo.

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

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

UNIDAD DE LA LEY PENAL (1)

La retroactividad de la ley permisiva o favorable. — La aplicación simultánea de las normas del Código antiguo y del nuevo es jurídicamente insostenible.

I. Si juntando reglas de los dos estatutos es como el Juez ha logrado deducir la condena más benigna, entonces lo que viene a ser favorable no es la ley nueva sino el resultado de combinar sus normas con las disposiciones de la ley antigua, con lo cual desaparece la razón en que se funda la retroactividad de la ley en materia criminal y es la de ser —se entiende que por sí misma— más favorable al reo que la ley vigente al tiempo en que se ejecutó el hecho criminoso.

II. Considera la Corte que los problemas transitorios que se vienen planteando, al juzgar a los reos de delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938, por la presencia de dos legislaciones distintas, de las cuales el Juez debe preferir la más favorable al procesado, no se resuelven razonablemente sino siguiendo en su integridad las normas de uno de los dos estatutos, pues la benignidad o mayor severidad de una ley, con relación a otra, sólo puede apreciarse por el resultado de la aplicación del conjunto de las disposiciones de cada una al hecho que va a juzgarse. Al desarticular el Juez las reglas de los dos sistemas y combinarlas de modo de mitigar el rigor de las condenas más allá de lo que permite la aplicación aislada de la ley antigua o de la nueva, no solamente se producen resultados contrarios a la lógica y al orden jurídico penal sino que se falta a la misma equidad, como es fácil deducirlo si se comparan las penas aplicadas al reo de un delito beneficiado con la combinación con las que se imponen a otro reo, autor de delito de igual naturaleza y gravedad, acompañado de modalidades y circunstancias específicas semejantes, a quien se le ha juzgado dentro de la unidad de las normas de la ley nueva por haber cometido el hecho después del 1º de julio de 1938.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Juzgado 1º Superior de Cali condenó a Víctor M. Díaz a la pena principal de nueve años de presidio, como autor de homicidio simplemente voluntario en la persona de Eloy Vivas, calificada la delincuencia en tercer grado y considerado el reo como reincidente.

Apelado el fallo, el Tribunal de aquel Distrito Judicial lo reformó en sentido favorable a Díaz, rebajando la pena principal a ocho años. Contra esta sentencia ha interpuesto el acusado recurso de casación.

Las disposiciones aplicables, como lo anota en su vista el señor Procurador, son las de la Ley 118 de 1931, por tratarse de negocio iniciado con anterioridad al 1º de julio de 1938 (artículo 722, nuevo Código penal procesal).

El acusado fue asistido durante las instancias por defensores de oficio. Dándole al derecho de defensa la amplitud necesaria, la Corte acepta, como base de estudio, el desordenado escrito que el reo ha enviado para sustentar la casación.

Alega Díaz algunas circunstancias que, según él, no fueron tenidas en cuenta al sentenciarlo, y de esa supuesta omisión deduce que la ley penal fue mal aplicada, pues que su caso era el contemplado por el artículo 611 del Código Penal de 1890, vigente en la época de la comisión del delito, o por el 365 del nuevo Código, es decir, que debió condenársele como autor de homicidio involuntario, o como responsable de homicidio ultraintencional, ya que "jamás estuvo en su ánimo perpetrar un homicidio en la persona de Eloy Vivas". Y como después de discutir exten-

(1) Se publica de nuevo este importante fallo por no haber aparecido en la sección correspondiente a la Sala de Casación Penal en el número anterior, y haberse omitido el extracto de la doctrina.

samente sobre este tópico concluye pidiendo que se reforme la sentencia "por la mala aplicación de la pena que se le ha impuesto", se infiere —y así lo entiende el señor Procurador— que la causal invocada por Díaz es la 1ª de la ley antes citada, que dice:

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

La Corte ha examinado detenidamente el proceso y observa que después de un auto de proceder revocado por el Tribunal a fin de esclarecer puntos importantes, relacionados con la prueba del cuerpo del delito, el sindicado Díaz fue de nuevo enjuiciado. En la parte motiva de esta segunda providencia se describe la imputación y expresamente, con firme apoyo en las pruebas del informativo, declara el Juez de la causa que se trata de un homicidio voluntario.

El mismo Juez, siguiendo fielmente los términos del enjuiciamiento, incluyó en el cuestionario sometido al Jurado la modalidad relativa a si el acusado había procedido de manera voluntaria y con intención de dar muerte a la víctima, y los jueces de hecho contestaron por unanimidad: "Sí, voluntariamente".

Como se ve, el Jurado expresó su certidumbre sobre la responsabilidad directa de Díaz en la muerte de Eloy Vivas, en términos que no le permitían al Juez aplicar otras reglas que las del homicidio simplemente voluntario, según el Código de 1890, o las correspondientes del Código de 1936, si comparadas las sanciones las últimas resultaban más favorables.

Es de advertir que en la audiencia pública la defensa planteó la cuestión que trata de revivir el recurrente en su alegato, o sea que Vivas no murió a consecuencia de la herida recibida. La alegación es impertinente por tratarse de un punto ampliamente debatido en el proceso y clausurado con el veredicto rotundo del Jurado, sin duda con vista en el dictamen de la oficina médico legal de Cali, que obra a fs. 20 del segundo cuaderno. Por lo demás, Díaz acaba por admitir en su escrito ser el autor de dicha herida, hecho que negó a todo lo largo del proceso y que pretendió cohonestar con un intento de coartada, aunque ahora trata de atenuar su responsabilidad con la manifestación de que no quiso causar un mal grave a su amigo Vivas.

El Tribunal no incurrió en ningún error en contra del acusado al aplicar la ley penal. Si alguna objeción hubiere de hacerse al fallo sería por exceso de benignidad. En efecto, el Tribunal aceptó sin reparo la combinación que, para disminuír la medida de la pena, aparece en la sentencia de primera instancia entre el mínimum del artículo 600 del Código de 1890 y las reglas sobre reincidencia y penas accesorias que trae la nueva legislación penal.

De acuerdo con los principios de derecho transitorio, el Juez puede elegir entre la ley antigua y la nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que parezca más conforme con el criterio de favorabilidad.

Cada uno de los dos sistemas penales —el de 1890 y el de 1936— obedece a principios científicos diferentes y de allí que la intensidad y duración de las penas y en general el tratamiento de los delincuentes sea completamente distinto, según que se apliquen las reglas del antiguo o las del nuevo estatuto. Así, por ejemplo, el Código de 1936, comparado con el de 1890, reprime con mayor severidad cierta clase de homicidios. Pero si en los casos en que hubiere lugar a elegir entre las dos legislaciones, el Juez adopta en favor del reo, como base de la condena, la respectiva norma de uno de los dos estatutos, ella debe ser admitida con todas sus derivaciones y consecuencias, así en lo relativo a la reincidencia como en lo concerniente a las penas accesorias. La hibridación de los dos sistemas de penalidad, aun en beneficio del acusado, es técnicamente insostenible.

Sabido es que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución Nacional, el Juez debe aplicar al reo la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior; pero esto no quiere decir que, por extensión de este principio, y con la mira de favorecer al autor de un delito cometido antes de la vigencia de la ley nueva, el Juez está facultado para aplicar parte de sus normas y parte de los preceptos de la ley antigua, de modo de imponerle penas menos severas que las que se deducen de la aplicación integral de una de las dos leyes. No. La ley que sanciona el delito no es solamente la norma que señala los límites de la pena sino ésta y las reglas que sirven de criterio para individualizar la sanción.

Si juntando reglas de los dos estatutos es como el Juez ha logrado deducir la condena más benigna, entonces lo que viene a ser favorable no es la ley nueva sino el resultado de combinar sus normas con las disposiciones de la ley antigua, con lo

cual desaparece la razón en que se funda la retroactividad de la ley en materia criminal y es la de ser —se entiende que por sí misma— más favorable al reo que la ley vigente al tiempo en que se ejecutó el hecho criminoso.

Por este medio el reo queda sustraído de la acción de la ley preexistente, o sea en este caso el Código de 1890, pues no se le sanciona en la proporción que ese estatuto establece para cada uno de los "grados del delito"; y al propio tiempo se le coloca fuera de la acción de la ley nueva, ya que la sanción impuesta no es la que le hubiera correspondido siguiendo las normas directivas del Código de 1936, sino otra de medida inferior, no prevista para el caso en ninguno de los dos estatutos, lo que no es conforme con el principio de la legalidad de la pena.

Sólo mediante este procedimiento pudo ser condenado Díaz a ocho años de presidio. Hubiéranse aplicado con estricta lógica las reglas del Código de 1890, le habrían correspondido doce años; o diez años y ocho meses de la misma pena, si el fallador se acoge, como era de rigor, no a una sino a todas las reglas de la nueva legislación penal, aplicables al caso, como ley más favorable.

Pero no es esto únicamente. Según los datos del proceso, Díaz había sido condenado antes por haber dado muerte voluntariamente al comisario de policía de su vecindario. Entonces se le juzgó en "segundo grado" conforme a los preceptos del Código anterior no obstante ser el primer delito, pues el jurado declaró que el reo había obrado con sevicia y en la respectiva sentencia se agrega que tal hecho fue realizado "sin el menor motivo o causa justificativa". La pena impuesta fueron nueve años de presidio.

Ahora ha comparecido como reo reincidente, por homicidio también voluntario, cometido en la persona de un amigo suyo, sin que tampoco hubieran mediado motivos conocidos, o siquiera sospechados, y se le ha condenado a ocho años de presidio.

De modo que la sanción impuesta a este caso de reincidencia, sobre ser inferior en cuatro años de duración a la que le hubiera correspondido juzgándolo con arreglo al Código de 1890, y en dos años, ocho meses al mínimo aplicable a Díaz conforme al Código nuevo, ha resultado inferior también, en un año, a la que el reo mereció por el primer homicidio.

La disminución progresiva de la sanción que aquí se advierte, sería inobjetable si fuese el resultado de haber aplicado independientemente las sanciones del estatuto de 1936, desechando, por severas, las de la ley preexistente. Querría decir que el reo había sido protegido por una nueva expresión de la justicia penal, más benigna para él que la contenida en la ley antigua, lo que estaría conforme con el principio de la retroactividad de la ley permisiva o favorable.

Pero la realidad demuestra que a tanta benignidad no habría podido llegar el juzgador si aplica en su integridad las sanciones de la nueva ley. La norma del Código de 1936 (artículo 362) trae para los casos de homicidio común una escala de penalidad mayor que su equivalente (art. 600) en el viejo estatuto. El texto nuevo dice así:

"El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio". Y prescribe el mismo estatuto (artículo 39) que el mínimum sólo puede aplicarse cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad. Pero como éste no es el caso de Díaz, pues en él concurren circunstancias de mayor peligrosidad, quiere decir que aun suponiéndole delincuente primario, tampoco se le habría podido favorecer con el mínimum de la ley nueva (ocho años). Sin embargo, es ésta la sanción que aparece impuesta por la sentencia, en virtud de la aplicación simultánea de las dos leyes.

De donde se deduce que la combinación de la regla del artículo 34 del Código de 1936 con el mínimum de la sanción del Código de 1890, ha producido en este caso, virtualmente, la supresión del aumento por reincidencia, sea que se examine la cuestión a la luz de la ley antigua o de la nueva.

Si la expresada regla sobre reincidencia del nuevo Código implicase simplemente una modificación o reforma de la respectiva del Código antiguo, su aplicación sería de rigor en estos casos, siendo favorable. Mas como ella, con las que sirven al Juez de guía para individualizar la sanción y determinar las penas accesorias, forma un todo coherente y armónico y pertenece a un sistema completamente distinto, que ha sustituído el anterior, su aplicación al tiempo con uno cualquiera de los términos penales del Código de 1890 anula los efectos tanto de la ley antigua como de la nueva, puesto que la sanción así impuesta no procede ni de aquélla ni de ésta.

Considera, pues, la Corte que los pro-

blemas transitorios que se vienen planteando, al juzgar a los reos, de delitos cometidos antes del primero de julio de 1938, por la presencia de dos legislaciones distintas; de las cuales el Juez debe preferir la más favorable al procesado, no se resuelven razonablemente sino siguiendo en su integridad las normas de uno de los dos estatutos, pues la benignidad o mayor severidad de una ley, con relación a otra, sólo puede apreciarse por el resultado de la aplicación del conjunto de las disposiciones de cada una al hecho que va a juzgarse. Al desarticular el Juez las reglas de los dos sistemas y combinarlas de modo de mitigar el rigor de las condenas más allá de lo que permite la aplicación aislada de la ley antigua o de la nueva, no solamente se producen resultados contrarios a la lógica y al orden jurídico penal sino que se falta a la misma equidad, como es fácil deducirlo si se comparan las penas aplicadas al reo de un delito beneficiado con la combinación con las que se imponen a otro reo, autor de delito de igual naturaleza y gravedad, acompañado de modalidades y circunstancias específicas semejantes, a quien se le ha juzgado dentro de la unidad de las normas de la ley nueva por haber cometido el hecho después del primero de julio de 1938.

Como es de notarse, se ha contemplado aquí únicamente la cuestión relativa a la aplicación judicial de las sanciones, suscitadas por la forma como se aplicó la ley penal en éste y en otros casos actualmente al estudio de la Sala. No sobrará agregar, en apoyo de la doctrina que a su juicio debe prevalecer al respecto, que en la declaración sobre prescripción que hace el Juez en un proceso antiguo no hay, ni podría haber, interferencia de una ley sobre otra. Obedeciendo a los principios que regulan la aplicación de la ley en materia penal, el Juez aplica independientemente las reglas sobre prescripción de la ley preexistente, o las de la ley posterior, si los términos de ésta fueren más favorables, que es —resumiendo las ideas expuestas— el método que no puede modificar el juzgador, creando, cuando se trata de deducir las sanciones, una fórmula penal mixta, porque asume un arbitrio que la ley no le ha conferido.

Ahora, en cuanto a la condena y libertad condicionales y al perdón judicial —instituciones nuevas establecidas en el sistema penal sancionado en 1936— es evidente que de acuerdo con la garantía constitucional sobre retroactividad de la ley más benigna, ellas pueden favorecer al reo de un hecho punible cometido antes de entrar en vigor el nuevo Código, si se halla plenamente justificada su aplicación. Pero aquí también la resolución que concede la respectiva gracia y el beneficio que el reo recibe emanan directamente de la autoridad de la ley.

Está demostrado que los juzgadores de instancia dedujeron las sanciones contra Díaz, tanto en lo principal como en lo accesorio, mediante un procedimiento que no se conforma con la debida aplicación de la ley penal. Mas como lo que hay de irregular en la sentencia favorece al reo antes que perjudicarlo, la Corte se abstendrá de casarla porque sería contrario a los dictados de la razón agravar las sanciones cuando es el acusado quien ha interpuesto el recurso.

El señor Procurador Delegado en lo Penal conceptúa en este asunto que la ley estuvo bien aplicada y en consecuencia solicita que no se infirme la sentencia, aunque es lo cierto que su opinión adversa a la combinación entre el estatuto antiguo y el nuevo a efecto de aplicar las sanciones, fue expresada, en términos rotundos, al estudiar otro caso de reo reincidente, similar a éste.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el pedimento del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el 10 de febrero del año en curso, que condenó a Víctor M. Díaz a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como responsable de homicidio simplemente voluntario en la persona de Eloy Vivas.

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

Absalón Fernández de Soto — Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo.
Julio E. Argüello R., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO.

He firmado, con una reserva, la sentencia que precede.

Reconozco, ante todo, que es digna de encomio la exposición jurídica allí desarrollada. Es un notable aporte al estudio que jueces y tribunales, lo mismo que abogados y catedráticos deben llevar a cabo para descifrar estos que el fallo denomina con propiedad "problemas transitorios", y que surgirán a menudo cuando se trate de juzgar a reos que delinquieron antes de entrar en vigencia la nueva legislación penal.

Me seduce la tesis central de esta sentencia, que bien pudiera denominarse doctrina de la unidad de la ley penal. Acojo esa doctrina, pero disiento de mis ilustrados colegas, no sin temor de ser yo el equivocado, en un punto concreto, cual es el de la aplicación integral de una sola de las dos leyes penales, la antigua o la nueva de modo que la que se prefiera para señalar la pena base sea forzosamente la misma con que se determine el aumento por reincidencia.

Es claro que no pueden "combinarse" los dos códigos, el de 1890 y el de 1936 a fin de imponer una sanción que este último establece para determinado delito, y medir, al propio tiempo, tal sanción con los famosos tres grados que la vieja ley señalaba, pues hay una diferencia fundamental entre los criterios de los dos estatutos penales, que hacen incompatible la graduación aritmética y predominantemente objetivista del antiguo Código, con el relativo arbitrio judicial y la tendencia subjetivista del Código nuevo; y tampoco podrían combinarse para aplicar la sanción principal que uno de ellos fija, con las accesorias del otro. Trátase en esos casos de elementos de la ley no susceptibles de separación y que imponen por consiguiente, la aplicación integral o indivisible de una de las dos leyes.

No así en lo referente al aumento de pena por reincidencia.

Uno de los defectos protuberantes del Código Penal que ha dejado de regir era el de los caprichosos y exorbitantes cálculos aritméticos para hacer tal aumento. Dentro de ese criticado sistema debía el Juez sumar las penas impuestas por las sentencias anteriores con la imponible en el fallo que se tratara de dictar; esa suma debía dividirse por el número de los delitos, y el cuociente había que multiplicarlo por el número de reincidencias: ingenioso enredo, más propio de cálculos electorales que de la administración de justicia, y que constituyó uno de los más clamorosos motivos de la reforma penal.

En cambio, con el nuevo Código la agravación de pena al reincidente se hace de manera muy sencilla: al reincidente por primera vez se le impone una tercera parte más de la pena señalada para el delito; y sólo de la segunda reincidencia en adelante "se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco a quince años" (artículo 34 del Código Penal de 1936).

No se trata de una institución nueva y propia de la ley que ahora nos rige: siempre se ha considerado, por uno u otro motivo, que la reincidencia debe implicar un aumento en la penalidad.

Quizá pueda pensarse, dentro de los criterios de la nueva legislación penal, que a quien reincide por segunda vez —y a fortiori de ahí en adelante— no se le va a imponer un simple aumento de la sanción, sino que el Código somete al criminal a una especie de tratamiento con la relegación a colonia agrícola, ya que tal relegación debe llevarse a cabo "cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito (art. 34 ,inciso 2º).

No habrá, pues, en ningún caso, relegación a colonia agrícola para el reincidente por primera vez; ni la habrá tampoco para el que reincida varias veces, sino cuando se reúnan las otras condiciones que exige el artículo 34 del Código.

Tenemos, según eso, como punto de partida que sólo de la segunda reincidencia en adelante habrá de hacerse estudio especial respecto de la personalidad del delincuente, a ver si es uno de los denominados **habituales**, caso en el cual se le someterá al tratamiento y a la represión especiales que implica la relegación en colonia agrícola.

La primera reincidencia causa una sim-

ple agravación fija de pena, no por razón de la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, ni teniendo en cuenta los motivos determinantes, o el género de vida llevado por el agente. Se aumenta la pena, en el nuevo Código así como se aumentaba en el antiguo por el solo hecho de la repetición de delitos, y trátese de infracciones de la misma especie o de diferentes géneros.

En segundo lugar, tenemos que el aumento de pena para el reincidente (sólo quiero referirme al caso de primera reincidencia), es siempre el de una cuota parte de la pena imponible. Con el sistema del viejo Código esa cuota parte se calcula con operaciones de suma, división y multiplicación, en las cuales entran como factores las penas impuestas anteriormente; y en el nuevo Código, más sencillo y equitativo en esto, el aumento es simplemente de una tercera parte de la pena imponible, para la primera reincidencia, o de la mitad de la pena imponible si es segunda reincidencia.

Ocurre la curiosa circunstancia de que no obstante inspirarse el Código de 1936 en miras exclusivas de defensa social, se ha mostrado más benigno que el anterior en lo relativo al aumento de pena por reincidencia. Al menos para el reincidente por primera vez, tal aumento resulta siempre más gravoso con el Código de 1890 que con el de 1936, pues al paso que en éste no es ni más ni menos que de una tercera parte de la sanción, en aquel puede tratar de ser superior a ella, evento frecuente y cuya posibilidad contempla aquella ley, en su artículo 142, que decía:

"Cuando lo que resulte de aumento a la primera reincidencia sea mayor que la pena que corresponde al delito, será ésta la pena que se multiplica por el número de la reincidencia para averiguar el aumento definitivo".

La razón de que el draconiano aumento por reincidencia del Código de 1890, está compensado con la benignidad general de dicho estatuto, y que en el nuevo Código el aumento por reincidencia es menos gravoso pero las penas son más severas, es una razón que merece no pasarse por alto.

Se quiso al expedir el nuevo estatuto penal de 1936 que el Juez tuviera un campo muy amplio para graduar con gran libertad la sanción, de un mínimo bastante bajo a un máximo bien alto.

No hay, en general, sanciones más severas en el nuevo Código. Lo que hay es que el Juez tiene libertad de poder para usar de mayor severidad, dentro de los límites mínimo y máximo de la sanción. Y si un caso particular como el que es materia de este fallo, el homicidio intencional o simplemente voluntario, tiene asignado en el nuevo Código un mínimo de ocho años de presidio cuando en la ley anterior tenía seis años, podrían citarse en cambio otros en que la penalidad del Código de 1936 es menor que en el de 1890, verbigracia, los delitos de hurto y robo, de lesiones personales y muchos otros.

Si la reincidencia fuese una circunstancia de aquellas que el viejo Código denomina **agravantes** o de las que el nuevo llama de **mayor peligrosidad,** el cálculo de la sanción—dentro del mínimo y el máximo imponible—dependería en gran parte de esa circunstancia, y entonces, siendo base la reincidencia para calcular la pena, habría que considerarla como algo inseparable de ésta.

Pero ocurre cabalmente lo contrario: el orden lógico o de prelación indica que ante todo se determine la pena aplicable por el delito (y el Juez puede estimar, por ejemplo, que sólo debe imponerse el mínimo, no obstante la reincidencia); después, sobre esa sanción ya conocida o prefijada, se calculará el aumento que corresponda por tratarse de un reincidente: el Juez sentenciador tendrá que hacer dos operaciones mentales distintas. Y entonces, ¿por qué resultaría quebrantada la aplicación indivisible de la ley al preferir el Código de 1890 como más benigno para determinar la pena, y el de 1936, también como ley más favorable, para medir el aumento por reincidencia?

Si la aplicación exclusiva de una sola de las dos leyes ofrece la inapreciable ventaja de la sencillez, que facilita la tarea judicial, parece, por otra parte, más equitativo, abandonar de una vez el anacrónico sistema del anterior Código y poner ya en actividad el de 1936 no sólo para los casos nuevos, sino también para la agravación de pena a reincidentes a quienes puedan abarcar las dos legislaciones.

No se me oculta que la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el caso de Víctor M. Díaz es ilegal, por exageradamente benigna, como lo demuestra hasta la saciedad la Corte. Pero no considero ilegal el fallo recurrido en cuanto al punto concreto de aplicación del nuevo Código al aumento de pena por reincidencia; y este salvamento de voto más bien con-

templa la posibilidad de otras condenaciones demasiado severas, caso de que a los reincidentes se les siga agravando la sanción con las reglas del viejo Código.

La Corte que terminó su período legal el primero de mayo de este año sentó en algunos fallos doctrina análoga diciendo sobre el particular lo siguiente:

"Complejo en verdad es el problema de la aplicación simultánea de dos legislaciones penales en busca de la solución más favorable al reo; pero el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que habla sobre los distintos eventos de aplicación de este principio, da en su inciso final la siguiente norma:

'Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna'.

"En tratándose de reincidencias, respecto de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye una pena accesoria, la interpretación benigna conduce a escoger el aumento menos gravoso para el reo, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable en cuanto a la condenación principal. Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código suprimiera el aumento de pena por reincidencia, el juzgador tendría que prescindir de él aun cuando hubiera de castigarse conforme a la ley anterior el delito del reincidente".

No es de extrañar la discrepancia de pareceres en esta materia, pues aun los tratadistas de Derecho Penal dan soluciones diferentes al problema. Así, por ejemplo, Von Liszt se pronuncia categóricamente en favor de la tesis por la cual optan mis distinguidos compañeros; Florián no es bien claro al referirse a esta cuestión, y en cambio otros, como Garraud, Vidal, Hugueney (profesor actualmente de la Universidad de París), deciden sin vacilación el punto en el sentido de que el preferir por razón de benignidad, una de las dos leyes para determinar la pena, puede sin embargo computarse de acuerdo con la otra ley más favorable al aumento por reincidencia, si esta otra ley fuere más favorable al reo. Y uno de esos autores, Vidal, cita abundante jurisprudencia francesa acorde con esta opinión.

La misma sentencia que profiere hoy la Corte llega a admitir que en cuanto a la condena y la libertad condicionales o al perdón judicial, "instituciones nuevas establecidas en el sistema penal sancionado en 1936, es evidente que de acuerdo con la garantía constitucional sobre retroactividad de la ley más benigna, ellas pueden favorecer al reo de un hecho punible cometido antes de entrar en vigor el nuevo Código, si se halla plenamente justificada su aplicación".

Y entonces me pregunto: si la regla de aplicación integral de la ley como un todo indivisble puede tener excepciones que la mayoría de esta Sala reconoce y acepta ¿no sería también equitativo incluír en ellas la del aumento de pena por reincidencia máxima cuando ese aumento no es inovación del sistema penal recientemente implantado sino que es una vieja institución y existía, aunque enrevesada y draconiana, en el Código anterior?

Y si hay duda sobre posible aplicación de la ley más benigna, ¿cómo no resolverla en favor del reo, de acuerdo con la norma que da el artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en su parte final?

(Fdo.) **José Antonio Montalvo**

Bogotá, 4 de diciembre de 1940.

NO SON CONSULTABLES LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DICTADOS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES

La Corte está inhibida para conocer de la consulta de los autos de sobreseimiento definitivo dictados por los Tribunales Superiores, en sumarios iniciados a partir del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, fecha en que entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal. No existe declaración expresa del Legislador en el sentido de que la Corte deba revisar, por vía de consulta, tales autos de sobreseimiento; de hacerlo así se arrogaría, a pretexto de tenerla implícita o subentendida, una potestad que la ley no le ha dado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Vistos:

En este, como en otros negocios que se hallan en circunstancias análogas, solicita el señor Procurador Delegado en lo Penal que la Corte reponga la providencia por la cual se declaró inhibida para conocer de la consulta de los autos de sobreseimiento definitivos dictados por los Tribunales Superiores, en sumarios iniciados a partir del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, fecha en que entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Aduce el señor Procurador, muy interesantes argumentos para demostrar la trascendencia del auto de sobreseimiento definivo y la imperiosa necesidad de que sea consultado.

La Corte abunda en esas mismas opiniones, pero discrepa del señor Procurador en cuanto este alto funcionario les atribuye fuerza desde el punto de vista de la ley escrita, mientras que para esta Sala aquellas argumentaciones valen —y mucho— pero sólo con el criterio de jure condendo.

Observa el señor Agente del Ministerio Público que el auto de sobreseimiento, equivale a una sentencia definitiva y cita en su apoyo la autoridad del profesor napolitano Marsico y la clasificación que éste hace de las sentencias en "sustanciales" y "procesales".

Muy interesante la disertación del señor profesor Marsico. Ocurre, sin embargo, que la ley procesal colombiana ha adoptado una clasificación diferente, pues el artículo 156 de la Ley 94 de 1938 define como auto interlocutorio, y por oposición a las sentencias, "el que califica el mérito del sumario".

De modo que este es un punto resuelto en forma nítida por el Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador reconoce que en el nuevo Código no existe disposición que de modo expreso haga consultable el sobreseimiento; pero se apoya en ciertas alusiones de algunos artículos de aquel Código que, en sentir de la Procuraduría sugieren la consultabilidad de esas providencias.

Cita el mismo funcionario los artículos 430, 410, 153 de la Ley 94 de 1938. Ya la Corte, con el interés que el problema requiere, había estudiado, a espacio y antes de dictar su auto de fecha tres de junio del presente año las disposiciones a que alude el señor Procurador, y muchas otras del mismo Código, relacionadas con el asunto de que se trata: verbigracia, los artículos 42, 44, 182, 183, 191, 192, 196, 441, 538 y siguientes, y algunos más.

A través de ese estudio, la Sala ha llegado a la conclusión de que para conocer de la consulta del sobreseimiento, ante la falta de reglas expresas habría que acudir a una inadmisible escala de analogías.

En primer lugar, el Código nada proveyó sobre sustanciación en segunda instancia de la consulta de autos interlocutorios, y sería preciso suplir, por analogía el trámite correspondiente, acudiendo no se sabe si a las reglas que la ley da para surtir la consulta de sentencias, o a las normas sobre apelación de autos interlocutorios.

En segundo lugar, sería inaceptable el supuesto de que deba someterse a consulta todo auto de sobreseimiento definitivo, si se tiene en cuenta que ni aun las

sentencias absolutorias están siempre sujetas a ese medio de revisión.

Habría que ponerle alguna limitación a la consultabilidad de los sobreseimientos y al crear esa regla obraría la Corte de modo arbitrario, atribuyéndose la función del legislador.

Por último: la jurisdicción no es asumible por analogía, ya que los agentes del Poder Público sólo pueden ejercer funciones que les haya conferido expresamente la ley, máxime si se trata de las que implican mando o autoridad en lo judicial.

En las actas de la Comisión que elaboró el Código de Procedimiento se encuentra un proyecto de artículo según el cual el sindicado respecto de quien se sobreseyera sería puesto en libertad con fianza **"mientras se surte la consulta del sobreseimiento"**; pero lo cierto es que en el proyecto definitivo presentado a las Cámaras, resultó suprimida tal frase en ese artículo, que llevaba el número 411 y vino a ser el 410 de la Ley 94 de 1938. (V. páginas 71 a 81 del Tomo III y 113 del Tomo VIII, "Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal").

Esto es muy significativo si se tiene en cuenta que la Comisión redactora del Código consideró también otra fórmula que dice así:

"Artículo. El sobreseimiento dictado por los juzgados de circuito o los superiores, en los negocios en que deba procederse de oficio, será consultado al Tribunal Superior respectivo; y los dictados por los jueces municipales a los jueces de circuito". (V. página 111, Tomo III, Actas de la Comisión).

No aparece que esa fórmula hubiese sido aprobada por la Comisión, ni quedó incluída en el proyecto.

Y en todo caso, ella no hablaba de los sobreseimientos proferidos por los Tribunales Superiores, quizá con la idea de que la categoría de estas entidades y la circunstancia de que dictan el respectivo auto en Sala de Decisión habrían de ser garantía suficiente de acierto.

No es, pues, la Corte sino el legislador quien debe proveer acerca de la consultabilidad del sobreseimiento. Con ánimo de colaborar en ese sentido, esta Sala redactó, el veintitrés de septiembre, un mensaje al Congreso Nacional, que fue enviado por conducto del Presidente de la Corte, en el cual se plantea la necesidad de reformas al nuevo Código de Procedimiento Penal, entre ellas, la relativa a la consulta de los sobreseimientos.

En resumen: no existiendo declaración expresa del legislador en el sentido de que la Corte deba revisar, por consulta, los autos de sobreseimiento, de hacerlo así se arrogaría, a pretexto de tenerla implícita o subetendida, una potestad que la ley no le ha dado.

Por los considerandos que preceden, la Corte Suprema, Sala de casación penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no accede** a reponer su propio auto fechado el tres de junio último, en el cual se declaró inhibida para resolver acerca de la consulta del sobreseimiento definitivo que en favor del doctor José C. Gutiérrez, Juez del Circuito de Bogotá, profirió el Tribunal Superior de ese mismo Distrito Judicial.

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

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO COMETIDO EN CONCURSO RECIPROCO. — MUERTE DE LA VICTIMA CAUSADA POR UNA SOLA PUÑALADA

De que la víctima hubiera sido ultimada por medio de una sola puñalada, apenas se infiere que ésta pudo ser causada por un solo individuo. No que el autor de la muerte fuera asimismo un solo sujeto.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

Ramón Pabón y Gilberto Rizo Vanegas fueron condenados por el Tribunal de Pamplona a la pena principal de 20 años de presidio, para cada uno, como autores, en concurso recíproco, de asesinato en la persona de Diego Arenis, con aplicación del anterior Código por considerarlo más favorable a los acusados.

Estos interpusieron recurso de casación, pero no presentaron la respectiva demanda. Se limitaron a enunciar la causal relativa a la injusticia del veredicto y a manifestar que existe una duda profunda sobre su responsabilidad.

En esas condiciones sería el caso de declarar desierto el recurso. Mas como el señor Procurador Delegado en lo Penal, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, lo ha sustentado, corresponde a la Corte decidirlo en el fondo.

Para ello conviene hacer un breve recuento de los hechos que motivaron este juicio.

A la casa de Cornelia Niño, ubicada en el paraje de "El Tesoro", corregimiento de Pueblo-nuevo, municipio de Ocaña, llegó un sujeto desconocido el día 27 de abril de 1937, como a las seis de la tarde. Manifestó que se dirigía a la finca "La Esperanza", de propiedad del señor Gratiniano Contreras, a traer una vaca, por la suma de cuatro pesos, para la familia de éste. Pidió que se le vendiera un centavo de café, y como dijera no tener más dinero, se le sirvió gratuitamente una taza con arepa y queso. Solicitó luégo que se le dejase pasar allí la noche, pero acompañado porque era muy miedoso, y se le permitió hacerlo en la pieza donde dormía el señor Diego Arenis, anciano de 75 años, según su hijo Jesús María. Cuando todos dormían, y cerca de la media noche, se sintieron pasos en los corredores de la casa, se oyó bulla y algunos "ajos" en la pieza donde se encontraban Arenis y el desconocido, y se vio luz en ella. La citada Cornelia Niño, su hija Luisa y el señor Celso Jácome, quienes se hallaban esa noche en dicha casa, no se atrevieron a salir para averiguar lo ocurrido, pues temieron que se tratara de ladrones. Al amanecer recorrieron la casa, vieron mucha sangre en el suelo y encontraron al señor Arenis muerto en un corredor, con una puñalada en el estómago. El desconocido que con él dormía, había desaparecido.

Indagatoriado que fue ese sujeto, dijo llamarse Ramón Pabón y aceptó como ciertos los siguientes hechos: haber llegado a la casa de Cornelia Niño la tarde del 27 de abril de 1937; haber sido la única persona que esa noche durmió en la misma habitación que ocupaba Diego Arenis; no haber amanecido allí, y no ser verdad, como lo había dicho, que se dirigiera a la finca de Gratiniano Contreras a traer una vaca, pues que esto fue sólo un pretexto para que se le diera de comer.

Interrogado sobre la muerte del señor Arenis, dijo que el único responsable de ella era Gilberto Rizo Vanegas, a quien acusó en la siguiente forma:

Oyendo que tocaban la puerta, el señor Arenis me dijo que la abriera para ver si eran los cerdos. Al hacerlo, fui empujado por una persona: era Gilberto Rizo, quien se dirigió donde estaba Arenis y le tiró varias veces con un puñal. Este logró esquivar los golpes y salir al camino. Rizo Vanegas lo persiguió y le asestó una puñalada.

Gilberto Rizo Vanegas negó la imputación, y en su descargo manifestó que hacía apenas cinco días que conocía a Ramón Pabón, y que éste, dos días antes de la muerte del señor Arenis, lo había invitado a un viaje de "sinvergüencería", que no había aceptado, pues entendía que tal invitación era para robar. Agregó que también le propuso lo acompañara a "un asuntico que tenía" en donde se podían

"prender" unos trescientos o cuatrocientos pesos, lo cual tampoco aceptó.

En una ampliación de la indagatoria, dijo Pabón:

"Con Gilberto Rizo entraron dos individuos más a quienes me pareció reconocer y que se llaman Gonzalo Sarabia y Roberto Arias, sin que pueda precisar o afirmar que sean ellos, pues como he dicho, en ese momento me pareció que eran ellos. El que se me pareció a Roberto Arias era un hombre regular de cuerpo, moreno, regular edad, vestía ruana negra y un pantalón color de musgo y estaba armado de cuchilla punti-orlada. El otro era un tipo de cuerpo alto, vestía saco blanco y pantalón musgo. Ambos calzaban cotizas y Roberto tenía sombrero de paño obscuro y Sarabia sombrero de lata. El sombrero lo tenían puesto hasta los ojos y evitaban darnos el frente. El hombre que se me pareció a Roberto Arias se lanzó sobre mi compañero y le quitó la escopeta en momentos en que le decía Gilberto Rizo: "al que se mueva tírele". Arias le dio la escopeta al individuo que se me pareció a Gonzalo Sarabia..."

Con la prueba indiciaria recogida en contra de Pabón y de Rizo Vanegas, el Juez del conocimiento enjuició a éstos como responsables en concurso recíproco de la muerte del señor Diego Arenis, y sobreseyó temporalmente a favor de los referidos Gonzalo Sarabia y Roberto Arias.

En la providencia en que el Tribunal confirmó las anteriores decisiones, se lee lo siguiente:

"Respecto a las modalidades o circunstancias especiales como fue cometido este homicidio, ante todo es preciso considerarlo premeditado porque hay hechos que demuestran que los sindicados tomaron anteladamente la resolución de ejecutarlo, preparando y realizando todos los medios aptos hasta obtener un resultado ya previsto y calculado con seguridad. No de otra manera se explica que Ramón Pabón llegara a la casa de Cornelia Niño y buscara el modo y ocasión de hospedarse en la misma pieza donde dormía Diego Arenis, fingiéndose miedoso; que luégo, a eso de la media noche, se levante, abra la puerta de la habitación que da al camino y facilite la entrada de sus compañeros, que previamente de acuerdo golpean para llamarlo y finalmente la falta de una explicación satisfactoria y convincente del objeto que lo llevó a la casa de Cornelia Niño, indica o hace presumir que fue allí a preparar y hacer más fácil la ejecución del delito. Debe, pues, deducirse desde ahora la premeditación a los sindicados.

"Considera el Juez que hubo alevosía e indefensión de la víctima en la comisión de este homocidio y a fe que hay razón para ello. Artificiosamente busca la manera de ser alojado en la misma habitación de la víctima y sorprende la natural confianza que a ésta le inspira, abre la puerta y les da entrada a sus compañeros de delito y ya reunidos atacan a Arenis, quien según Pabón trata de defenderse y huír de sus agresores pero es perseguido por ellos fuera de su habitación hasta que le infieren la puñalada mortal. Y debe también tenerse en cuenta, al decir de su hijo, que Arenis era un anciano de setenta y cinco años".

Los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado se redactaron en forma idéntica para cada uno de los dos procesados, y en ellos se preguntó, de acuerdo con los cargos del enjuiciamiento, si el acusado era responsable "de haber dado muerte voluntariamente a Diego Arenis a consecuencia de una herida producida con arma cortante"; y si ese hecho se cometió "en concurso recíproco con otra persona, con premeditación, con alevosía y sorprendiendo indefensa y desapercibida a la víctima". El Jurado contestó con un "sí" a ambos cuestionarios.

El señor Procurador, no sin anticipar que el caso lo considera de los más graves y complejos, formula demanda contra la sentencia, con fundamento en la causal 6ª —artículo 3º de la citada ley 118— que dice sí:

"Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Y explica así su solicitud:

"Los cuestionarios preguntan si cada uno de los acusados es responsable de haber dado muerte, en concurso recíproco, a Arenis 'a consecuencia de una herida producida con arma cortante'.

"Pero como ocurre que la víctima fue ultimada por medio de una sola puñalada que recibió en el pecho, resulta claro que el autor de la muerte fue un solo individuo".

"Ahora bien: el concurso recíproco es una figura caracterizada de la **societas sceleris**, que no es otra cosa que la concurrencia en los actos consumativos del delito con voluntad y acción tan intensas que agotan los elementos constitutivos del mismo. Es decir, quien procede en concurso recíproco con otra persona, es

necesariamente autor principal, por hallarse concentrada en él la esencia toda del hecho criminoso.

"Si, pues, Pabón y Rizo Vanegas fueron catalogados como autores principales; si se preguntó al Jurado y éste así lo declaró que cada uno de ellos infirió la herida mortal al que murió, y si éste sólo pereció a consecuencia de una sola cuchillada, los veredictos en sí están consagrando una palmaria contradicción, a saber: que no obstante ser un solo sujeto el que causó la herida mortal a Diego Arenis, esa misma herida fue producida de modo simultáneo por dos personas.

"Así enfrentados los veredictos, resultan evidentemente contradictorios y dan vida a la causal sexta de casación".

No comparte la Corte el razonamiento anterior. De que la víctima hubiera sido ultimada por medio de una sola puñalada apenas se infiere que ésta pudo ser causada por un solo individuo. No que el autor de la muerte del señor Arenis fuera asímismo un solo sujeto.

Conocido es el proceso de fuerzas morales y físicas que le dan realidad objetiva al delito. En este caso, la puñalada que recibió en el pecho el anciano Arenis no fue sino el acto final de un asesinato, que, según los datos del informativo, fue preparado y consumado al menos por dos sujetos. Si Ramón Pabón, el hombre desconocido a quien Cornelia Niño generosamente hospedó en su casa, no hubiera conseguido con medios falaces que se le alojara en el cuarto donde habitualmente dormía el señor Arenis; si los habitantes de la casa no hubieran percibido la presencia de gentes en dicho cuarto y en los corredores de la casa en los momentos en que la tragedia se consumaba; si dos días antes de este suceso no hubieran mediado entre Pabón y Gilberto Rizo Vanegas conversaciones reveladoras de sus afinidades morales y del fácil entendimiento que se trabó entre los dos; si Pabón no hubiera acusado con tánta insistencia, desde su primera indagatoria a Rizo Vanegas, y si éste — además de sus antecedentes de mala conducta — no hubiera agravado la sindicación con actos posteriores, entonces habría razón para pensar que uno de estos dos sujetos era ajeno a la perpetración del crimen y que ni el Juez habría tenido base para enjuiciarlos conjuntamente, ni el jurado motivos de convicción para afirmar la responsabilidad de ambos.

De suerte que el Juez, primero, y los jurados, después, a través de las pruebas del proceso vieron el vínculo moral y jurídico que unía a Pabón y a Rizo Vanegas en torno de este crimen, como gestores y realizadores en común de los actos necesarios para llevarlo a término. Esta actividad fue la que los colocó desde el auto de proceder como autores en concurso recíproco, sin que tal apreciación pueda ser tachada con razón, de injurídica, porque dentro de las posibilidades de la ejecución material le hubiera correspondido a uno solo de los dos concertados para la eliminación del señor Arenis propinarle la puñalada mortal.

Tal fue la cuestión que el Juez, siguiendo los términos del enjuiciamiento, propuso a la decisión del jurado, dividiéndola en dos partes o preguntas. Quizás la primera no fue formulada, respecto de cada uno de los acusados, con la debida precisión técnica. Pero a renglón seguido está la segunda pregunta, que en este caso es complemento y explicación de la primera parte del cuestionario. Y examinadas las preguntas y las respuestas en conjunto, resulta lo siguiente: que el jurado afirmó, no que Pabón y Rizo Vanegas habían sido coejecutores materiales de la única herida que recibió Arenis (o, como tradujo el señor Procurador, "que cada uno de ellos infirió la herida mortal al que murió"), sino que ambos fueron participantes, en calidad de coautores, en la comisión del delito de haber dado muerte al señor Diego Arenis, "a consecuencia de una herida producida con arma cortante", lo que no es contradictorio, ni podría reputarse en evidente oposición con la realidad del proceso.

De consiguiente, no prospera la causal 6ª invocada y sustentada por el señor Procurador.

* * *

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA la senten-

cia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el 30 de marzo del año en curso, que condenó a Ramón Pabón y a Gilberto Rizo Vanegas a la pena principal de veinte (20) años de presidio, para cada uno, como responsables, en concurso recíproco, de la muerte del señor Diego Arenis.

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

Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Srio.

LA REFORMA PENAL

Los jueces no pueden dejar de imponer las medidas de seguridad pretextando inconvenientes de orden práctico. Aplicación del artículo 29 del nuevo Código a procesados por delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Absalón Fernández de Soto)

El Juzgado Primero Superior de Manizales, en sentencia fechada el 10 de diciembre de 1938, condenó a Luis Felipe Giraldo a la pena principal de tres años de reclusión como autor de homicidio simplemente voluntario en la persona de Lisandro Hernández, con aplicación del art. 602 del Código Penal de 1890, calificada la delincuencia en ínfimo grado.

El Tribunal de aquel Distrito Judicial, al revisar por vía de consulta dicho fallo, lo reformó en el sentido de aumentar a seis años de presidio la pena impuesta a Giraldo.

Contra esta decisión interpuso recurso de casación el defensor del reo, y como le fuese concedido, los autos han venido a la Corte, en donde agotada la respectiva tramitación, se pasa a resolver.

Como fundamento del recurso se ha invocado la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931: "Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

Luégo de relatar los hechos, el recurrente hace la siguiente argumentación:

"Los miembros del Jurado popular convenientemente ilustrados dijeron en su veredicto su opinión sincera de que el hecho delictivo se había consumado cuando Giraldo padecía 'una crisis de alcoholismo'. Al decirlo quisieron realmente modificar con una circunstancia importante la respuesta afirmativa que obligadamente debían de pronunciar. Y ellos, ilustrados por la defensa, tuvieron la convicción profunda de que una crisis alcohólica, sobre todo cuando no es voluntaria ni el que la sufre estuvo en condiciones de prevenir sus efectos, equivale a una 'grave anomalía psíquica' de carácter transitorio, y que por lo mismo son aplicables al caso las disposiciones preventivas de que trata el capítulo II del título II del Código Penal".

Bastante confusa resulta la presentación del caso a través del párrafo trascrito. La disposición legal a que allí se alude, y que sirve al ilustrado defensor para proponer la modificación de la condena pronunciada contra el reo, es el artículo 29 del nuevo Código Penal, que dice así:

"Artículo 29. Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra substancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del título II de este libro".

Son, pues, distintas e independientes entre sí las causas que según el artículo copiado modifican la responsabilidad y autorizan el tratamiento del autor del hecho punible con medidas de seguridad, en lugar de las penas comunes.

El recurrente no plantea el estado de intoxicación crónica porque, según él mismo lo afirma, el acusado es un joven sin vicios y además no hay constancia de que se hubiera embriagado sino durante la noche del sábado 25 de junio de 1938 y primeras horas de la mañana del domingo siguiente en que dio muerte a Lisandro Hernández.

Tenidas seguramente en cuenta las alegaciones del defensor —que según se ve por el somero extracto del acta de la audiencia pública son en lo fundamental las mismas del escrito enviado a la Corte— la mayoría del Jurado afirmó la responsabilidad del acusado y agregó, ciertamente, que había obrado "en momentos en que padecía una crisis de alcoholismo".

De la adición que hizo el Jurado pasa el recurrente a sostener, por vía de deducción, que se trata de una "grave anomalía psíquica de carácter transitorio".

Los estados patológicos contemplados por el artículo 29 del nuevo estatuto pe-

nal no son materia de simple alegación sino que deben aparecer de pruebas, datos o antecedentes relativos al procesado, en los casos en que no se haya dado cumplimiento al artículo 374 y concordantes del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Es verdad que el proceso se tramitó conforme al procediento anterior, sin que el funcionario instrutor o el Juez estuvieran especialmente obligados a tomar en cuenta los indicios —si es que realmente los hubo— relativos a la mala salud mental del acusado a fin de darle aplicación al artículo 374 ya citado. Pero esto no quiere decir que por tratarse de asunto iniciado con anterioridad a la vigencia de los nuevos Códigos, la defensa no pudiera aducir pruebas y someter al homicida al estudio de facultativos para demostrar un punto tan importante como el que se limitó a enunciar en su alegato con tan débil base, como es la innocua explicación que agregó el Jurado.

De paso se hace aquí un reparo al Tribunal sentenciador, quien acogiendo los términos un poco ligeros que usa el Juez a quo para referirse a la aplicación de la reforma penal, afirma lo siguiente:

"Ya en la providencia que se revisa expuso el señor Juez de la instancia los inconvenientes y la falta de una norma legal precisa para que en el caso de autos no pueda situarse al acusado en ninguna de las disposiciones que trae el Código Penal de la actual vigencia, y como ello es así, es por lo que se hace imposible la aplicación del principio contenido en el artículo 3º de la Ley 95 de 1936 en cuanto dice relación a la favorabilidad de la ley posterior".

No estuvo acertado el Tribunal en el concepto trascrito. Vigente la Reforma penal desde el 1º de julio de 1938, a los jueces no les es permitido pretextar los inconvenientes de orden práctico que pueda ofrecer la ejecución de algunas de las sanciones por ella establecidas, para dejar de aplicarlas en las sentencias. De suerte que, si han sido satisfechas todas las formas propias del juicio y en virtud de ellas resulta, por ejemplo, que el hecho criminoso se realizó en las circunstancias previstas en el artículo 29 del nuevo Código, el Juez no podría, sin incurrir en responsabilidad, abstenerse de imponer al acusado las medidas de seguridad a que es acreedor conforme a esa disposición y aplicarle, en cambio, otra clase de sanciones, o decretar su libertad, fundándose en que no existen en el país los manicomios criminales o las colonias agrícolas especiales para recluír y tratar científicamente las diferentes especies de delincuentes anormales. La construcción de tales establecimientos y la adaptación, mientras tanto, de los existentes, son preocupaciones de orden administrativo que no deben tomar para sí los encargados de impartir justicia.

Y en cuanto a la garantía constitucional de la aplicación de la ley más favorable al reo, aunque sea posterior, es norma que tampoco está condicionada a las posibles dificultades que ofrezca la debida ejecución de determinadas sanciones.

Finalmente, la embriaguez voluntaria, aunque haya producido el estado de crisis alcohólica —exaltación nerviosa, parece que quiso decir el Jurado— durante el cual se ejecutó el hecho criminoso, es solamente una circunstancia de menor peligrosidad ante la ley penal nueva. Y aquí conviene hacer otra observación a los juzgadores de instancia. Puede ser en realidad anticientífico el criterio que prevaleció en los legisladores de 1890 al incluír entre las circunstancias agravantes del delito el cometerse en estado de embriaguez voluntaria, pero la Corte considera que los principios jurídicos no autorizan, a pretexto de aplicar la ley más favorable al reo, combinar las reglas del Código antiguo con las del nuevo estatuto a efecto de valuar la gravedad del delito y determinar la medida de las sanciones.

No se remite a duda que en el juzgamiento de los reos de delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938, el Juez debe aplicar la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior; pero debe tenerse en cuenta —sea que se aplique el Código antiguo o el nuevo— que la ley penal no es solamente la norma que define y sanciona el delito sino esa norma y las reglas de la misma ley que sirven de guía para individualizar las sanciones. Por otra parte, no se trata hoy de un Código antiguo cuyas disposiciones puedan reputarse modificadas por las concordantes del Código nuevo, sino de dos estatutos inspirados en criterios penales distintos. Las reglas del Código de 1936 pertenecen a un sistema armónico adoptado precisamente para sustituir el anterior. De acuerdo con los principios de derecho transitorio, aplicables a estos casos, el Juez puede elegir entre la ley antigua y la nueva la más favorable al acusado, pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que parezca más conforme con el criterio de favorabilidad.

Es de notarse que en el caso de Giraldo no conducía a ningún resultado práctico la apreciación de la embriaguez voluntaria según el criterio del nuevo Código, puesto que a la luz de la regla del artículo 123 del Código de 1890, la presencia de una sola circunstancia "agravante" no autorizaba para pasar, en la calificación del delito, del grado ínfimo.

Tal fue la situación en que los jueces de instancia colocaron al acusado, aplicándole el Tribunal el mínimum del artículo 600 de dicho estatuto, como autor de homicidio simplemente voluntario, pues estudiado el proceso no encontró base para usar del arbitrio concedido al juzgador en la segunda parte del artículo 602 ibídem.

Con las anteriores observaciones, la Corte considera que la sentencia no violó la ley penal y que por tanto no es el caso de infirmarla. A conclusión análoga llegó el señor Procurador Delegado en lo Penal, cuyo concepto de fondo está concebido en los siguientes términos:

"Examinado el expediente con el debido esmero, ha llegado la Procuraduría a la conclusión de que la ley penal fue rectamente aplicada por el fallador de segunda instancia, toda vez que para el reo era más favorable la aplicación del Código anterior que la del Código nuevo.

"No podía el Tribunal aplicar el art. 29 de la Ley 95 de 1936 por no aparecer demostrado el estado de intoxicación crónica producida por el alcohol en el autor del homicidio, quien al consumar el delito se encontraba transitoria y casualmente embriagado.

"En consecuencia, este despacho pide respetuosamente a la H. Corte que no infirme la sentencia de que se ha hecho mérito".

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 27 de junio de 1939, que condenó a LUIS FELIPE GIRALDO a la pena principal de seis (6) años de presidio como autor de homicidio simplemente voluntario en la persona de Lisandro Hernández.

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

Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Srio.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 74 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

De la embrollada redacción de este artículo resulta que no existiendo jerarquía de inferior a superior entre los miembros de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, si ocurre que un Magistrado de la respectiva Sala Penal se declara impedido para conocer de un negocio y el Magistrado que sigue en turno encuentra infundado el impedimento y así lo declara, el superior inmediato que ha de resolver de plano la cuestión no puede ser otro que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, once de diciembre de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto)

[illegible]

Vistos: El doctor Julio Ernesto Forero, Magistrado del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, se ha declarado impedido para conocer de la causa por falsedad en documentos públicos contra Miguel Cruz Abadía. Pero su colega doctor Luis Gutiérrez Jiménez, a quien aquél pasó el asunto por corresponderle en turno, encontró infundado el impedimento y dispuso remitir el expediente a la Corte, de conformidad con el artículo 74 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Tal disposición dice así:

"Artículo 74. En el auto en que el juez manifieste el impedimiento, ordenará pasar el proceso al juez o magistrado a quien corresponda conocer del asunto. Si el juez o magistrado a quien se pase el expediente hallare fundado el impedimento, aprehenderá el conocimiento. Si lo considerare infundado, enviará el expediente al juez o magistrado inmediatamente superior, quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado. Si el superior juzgare fundada la causal, remitirá el proceso al juez que debe reemplazar al impedido; si la considerare infundada, devolverá el proceso al juez que se había abstenido, para que siga conociendo de él".

De la embrollada redacción de este artículo resulta que no existiendo jerarquía de inferior a superior entre los miembros de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, si ocurre que un Magistrado de la respectiva Sala Penal se declara impedido para conocer de un negocio y el Magistrado que sigue en turno encuentra infundado el impedimento y así lo declara, el superior inmediato que ha de resolver de plano la cuestión no puede ser otro que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Habría razones de conveniencia práctica para que el incidente lo resolvieran los Magistrados restantes de la Sala, como son las que expone en sus **Comentarios al Código de Procedimiento Penal** el doctor Timoleón Moncada, quien fue miembro de la comisión que lo redactó. Una de ellas es que así se evitarían trámites que perjudican al acusado, especialmente cuando el desacuerdo se suscita entre Magistrados de Tribunales distantes de la Capital de la República, sede de la Corte Suprema.

Sin embargo, la realidad es que se trata de una fórmula nueva cuyo tenor literal no da base para volver al procedimiento de la ley anterior. Habiendo, respecto de los Tribunales, una entidad superior, es más lógico admitir que la expresión "magistrado inmediatamente superior" se refiere a los de la Corte Suprema de Justicia, lo que a la vez consulta los principios generales de organización judicial y acaso la conveniencia de que, siendo ello posible, el incidente se resuelva por quienes no forman parte de la corporación a que pertenece el Magistrado que lo ha promovido.

Por tanto, a la Corte corresponde decidir si concurre o no en el Magistrado doctor Forero la causal de impedimento manifestada por él en el proceso mencionado.

Declara el doctor Forero que entre los jueces de hecho que pronunciaron el veredicto —base de la sentencia que va a ser revisada por el Tribunal— figuró el

doctor Clodomiro Forero Vargas, su pariente en tercer grado de consanguinidad, y considera que éste es motivo de impedimento, comprendido en el numeral 7º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, que en lo pertinente dice así:

"Artículo 73. Son causales de recusación (o de impedimento):

"..... .....

"7º ....o ser el Juez o Magistrado pariente, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar".

Ni los términos claros y precisos del numeral copiado, ni la razón jurídica en que se inspira, suministran apoyo legal al impedimento que el Magistrado doctor Forero ha planteado, movido sin duda por un sentimiento de extrema delicadeza. La ley contempla únicamente los vínculos de familia entre los falladores, partiendo del supuesto de que el respectivo superior podría no disponer de la libertad necesaria para resolver con imparcialidad si el Juez inferior, que es su pariente, aplicó rectamente la ley.

Al reglamentar la ley las condiciones de idoneidad que deben reunir los jurados en cada caso particular, considera también motivo de impedimento el parentesco hasta el sexto grado de consanguinidad y tercero de afinidad, pero entre éstos y las demás personas que intervienen en la audiencia, entre las cuales no figuran los Magistrados de Tribunal Superior.

Son, pues, inobjetables las razones en que se fundó el Magistrado doctor Gutiérrez Jiménez para disentir de la manifestación hecha por su colega en auto de 17 de octubre último.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que no está impedido el Magistrado doctor Julio Ernesto Forero para conocer de la causa contra Miguel Cruz Abadía, por falsedad en documentos públicos y ordena devolver el proceso a dicho funcionario para que siga conociendo de él.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre— Julio E. Argüello R., Srio.

INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES JUDICIALES CON CARGOS DE MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.

El artículo 9º de la ley 16 de 1936 establece una prohibición, o más bien una incompatibilidad especial para los empleados del órgano judicial y del ministerio público, siendo por tanto una de las disposiciones dictadas en desarrollo del artículo 159 de la Constitución. Pero no está prevista en el código la sanción para esta clase de prohibiciones, que miran únicamente a la necesidad de asegurar la independencia de dichos funcionarios y no la confusión de funciones o de actividades que se excluyen entre sí. Mientras este vacío se llena por el legislador, queda únicamente el deber moral de los empleados del orden judicial y de los del ministerio público de respetar la prohibición contenida en el mencionado artículo 9º de la ley 16 de 1936, renunciando efectivamente los cargos de miembros de juntas directivas o consejos de administración de establecimientos bancarios o sociedades anónimas y absteniéndose de actuar en tales corporaciones.

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

(Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto)

El doctor Luis A. Velasco Villaquirán, actual Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, fue denunciado por el doctor Miguel A. Orozco, por los siguientes cargos:

a). Ejercer simultáneamente dicho empleo y el de administrador de los bienes del "Legado Cañadas";

b). Haber dicho al señor Juan Antonio Murillo que mientras tuviese como abogado al doctor Miguel A. Orozco perdería los pleitos y que, en cambio, le aseguraba buen éxito si nombraba como apoderado al doctor Francisco Velasco Navas, sobrino político del acusado, y

c). Desempeñar a un tiempo la Magistratura y el cargo de miembro de la Junta Directiva del "Banco del Estado".

De la investigación adelantada, resulta lo siguiente:

PRIMERO

El doctor Velasco Villaquirán fue designado en noviembre de 1934 administrador de la entidad denominada "Legados Cañadas".

A este respecto dice lo siguiente en su visita el señor Procurador Delegado en lo Penal, después de trascribir las disposiciones legales sobre incompatibilidades de los empleados del órgano judicial:

"De los documentos allegados al proceso resulta que el doctor Velasco presentó renuncia del cargo de administrador el 22 de mayo de 1939, en virtud de la circunstancia de haber sido nombrado Magistrado, renuncia que repitió en agosto y en octubre del mismo año.

"Desde los últimos días de mayo de 1939 se encomendaron las gestiones de la administración al señor José Joaquín Pérez, bajo la responsabilidad del doctor Velasco".

El 1º de junio de 1939 el sindicado entró a ocupar la Magistratura, la que ha servido hasta el presente sin interrupción. Está, pues, impedido desde entonces para ejercer en cualquier forma la abogacía.

Con posterioridad a esa fecha el sindicado presentó a las autoridades judiciales de Popayán algunos memoriales, por los cuales sustituye el poder que como administrador de los "Legados Cañadas" se le había conferido por escritura número 624 de 6 de noviembre de 1934, y otorgó varias escrituras públicas sobre préstamos de dineros hechos por "Legados Cañadas" a algunas personas, quienes garantizaron sus obligaciones con hipoteca. En tales instrumentos aparece el doctor Velasco como administrador de la institución prestamista.

Observa el señor Procurador que estos hechos no implican el ejercicio de cargos con funciones públicas anexas. A más de esto es muy claro que el doctor Velasco Villaquirán insistió reiteradamente en renunciar la administración de los "Legados Cañadas" y si su firma aparece en escrituras de aceptación de hipotecas ello se explica por la circunstancia de no haber obtenido que se le designara reemplazo, no obstante aquella insistencia: de hecho quien estaba encargado de la gestión de los bienes era el señor José Joaquín Pérez.

De manera que no puede decirse que haya habido por parte del sindicado violación de las disposiciones de los artículos 2º y 18 del Código Judicial y 179 del Código Penal. Por el contrario, su voluntad de no acumular su carácter de magistrado con el ejercicio de mandatos judiciales aparece manifiesta al renunciar el cargo de administrador y al sustituir el poder que se le había conferido.

SEGUNDO

El señor Juan Antonio Murillo rindió en este informativo la siguiente declaración:

"Estando en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial un juicio de sucesión de mi hermana Luisa Murillo, le tocó fallarlo al doctor Luis Velasco Villaquirán, sin que yo recuerde la fecha precisa. Poco tiempo después, el día que se celebrara la fiesta de Cristo Rey en esta ciudad, vi al doctor Velasco Villaquirán en la puerta de la agencia judicial que antes era de él y me llegué y le dije que conociendo él que yo era su copartidario por qué había fallado ese juicio en esa forma, sabiendo que mi hermana tenía hijos y que yo era hermano de ella, pues el fallo lo había dado en favor de los sobrinos. A esto el doctor Velasco me respondió lo siguiente: 'Tuve que hacerlo así, porque usted ha buscado al peor de los abogados, que es un inepto, que no sabe hacer ni un escrito, un bellaco, que si me valía del doctor Francisco Velasco Navas, ese asunto se arreglaría de cualquier manera y me dijo váyase inmediatamente a ver al doctor Francisco Velasco Navas. Luégo me dijo el doctor Velasco Villaquirán que si yo le contaba lo que me acababa de decir al doctor Orozco, me desmentía. Parte de lo que dejo relatado, es decir de lo que me dijo el Magistrado doctor Velasco Villaquirán, lo oyó un señor Orjuela que trabaja en la agencia que fue del doctor Velasco Villaquirán".

Como lo anota el señor Procurador, "la imputación formulada no está bien definida y concreta, pues no se sabe si el declarante sostiene que el Magistrado le expresó que el asunto le había salido mal por la ineptitud de su abogado, o porque la animadversión del doctor Velasco hacia éste, lo había conducido a ese resultado".

Por lo demás, el dicho del señor Murillo fue desmentido por el doctor Velasco y por el propio testigo que oyó la conversación.

El doctor Hernando Orjuela dice:

"Ciertamente un día que no recuerdo si fuera el de la fiesta de Cristo Rey, estando en la puerta de mi agencia judicial con el doctor Luis A. Velasco V., llegó un señor que oí nombraba el doctor Velasco como de apellido Murillo. Con el citado doctor Velasco V. entraron en conversación sobre algún negocio judicial. El doctor Luis Velasco recuerdo perfectamente que le dijo a Murillo que en el Tribunal había presentado el doctor Miguel Orozco un escrito en el cual lo insultaba de manera soez. Que le parecía poco correcto el proceder del doctor Orozco, pero es absolutamente falso que el doctor Velasco le dijera a Murillo que el doctor Orozco era un bellaco y otras cosas que dice Murillo le agregó el doctor Velasco. Yo presencié íntegramente la conversación toda ella, de suerte que estoy en capacidad de decir que es falso de falsedad absoluta que el doctor Velasco se expresara en términos denigrantes contra el doctor Miguel Orozco. Es cuanto tengo que declarar. En este estado, el declarante manifiesta que sobre este mismo asunto ya antes había declarado en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, por habérmelo solicitado el doctor Miguel A. Orozco y entonces, como ahora, expuse los hechos tales como los dejo narrados".

Y el doctor Velasco en su indagatoria manifiesta:

"No recuerdo en qué fecha, un día del año pasado estaba yo en la puerta de la oficina judicial del doctor Hernando Orjuela Fernández y un individuo de apellido Murillo, de esta ciudad, se acercó a preguntarme en qué estado estaba en el Tribunal un juicio en que el señor Murillo tenía interés. Yo le contesté que ese asunto me había tocado a mí en el reparto y que ya lo había fallado. Murillo insistió en que le diera pormenores del asunto y yo le dije terminantemente que nada podía decirle al respecto, pero yo no le he dicho nada del abogado que él tuviera, nada de lo que dice la pregunta, porque yo

no sé si el doctor Orozco quien era el apoderado, sea capaz o no de escribir o sea el peor de los abogados. De todas maneras aunque yo lo supiera, no se lo hubiera dicho al señor Murillo, porque yo no podía hacer ninguna manifestación en ese sentido, lo único que le dije fue que el doctor Orozco había presentado un memorial irrespetuoso y descomedido contra mí, que lo más que podía yo decir respecto de su abogado era que era persona muy mal educada, a juzgar por el memorial irrespetuoso de que he hablado. Yo suplico al señor Alcalde haga venir a estas diligencias el memorial en cuestión. Ese memorial está en unas diligencias seguidas por la administración de hacienda nacional de esta ciudad para el cobro de unos impuestos en la sucesión de una señora Murillo. El señor Gerardo Pérez, alto empleado de la administración de hacienda puede dar razón de este asunto. Poco tiempo después tuve conocimiento de que el doctor Miguel Orozco hizo tomar declaraciones de nudo hecho en el Juzgado 1º Civil de este Circuito con relación a mi incidente con Murillo y en ese Juzgado fueron tomadas las declaraciones del señor Murillo y del doctor Hernando Orjuela Fernández, quien presenció la entrevista con Murillo y quien escuchó desde el principio hasta el fin, la conversación habida entre Murillo y yo. Suplico se recoja el testimonio del doctor Orjuela Fernández. Si el señor Murillo ha dicho todo aquello que se dice en la pregunta que contesto, ha faltado completamente a la verdad, porque por muchos motivos yo no podía decir en absoluto nada de lo que dice Murillo que se le ha dicho. Tengo para mí que el señor Murillo trató de asaltar mi buena fe y que se quería chantagearme con determinados fines. Si acaso se ha presentado denuncio contra mí a base de las mentidas afirmaciones de Murillo, yo a mi vez formulo denuncia criminal contra quien resultare responsable, porque como se demostrará se ha cometido el delito de falsas imputaciones a que se refiere el art. 187 del Código Penal. Y esto es a sabiendas puesto que yo sé que el doctor Orjuela Fernández declaró que eran falsas las imputaciones y esa declaración la conocía el doctor Miguel Orozco, quien pidió se tomara esa declaración en el Juzgado 1º Civil de este Circuito. Suplico se reciba certificado o declaración del señor Juez 1º Civil del Circuito y de su secretario para que diga todo lo relacionado con ello".

La imprecisión de este hecho y su ninguna demostración, no permiten, como también lo dice el Sr. Procurador, "abrir causa criminal contra el doctor Velasco".

TERCERO

El doctor Velasco Villaquirán fue elegido miembro de la Junta Directiva de "El Banco del Estado" el 8 de junio de 1937 y permaneció en ese puesto hasta el 11 de enero de 1940, fecha en que fue reemplazado por solicitud formulada por él mismo.

Conforme lo preceptuado en el artículo 9º de la Ley 16 de 1936, los empleados del orden judicial y los del ministerio público no pueden hacer parte de juntas directivas o consejos de administración de establecimientos bancarios o sociedades anónimas, ni intervenir en forma alguna en la dirección o fiscalización de tales entidades.

Sobre la actuación del doctor Velasco en dicha Junta, obran en el expediente los siguientes testimonios:

El del señor Guillermo Martínez, miembro de ella, quien dice:

".....me consta que el doctor Luis A. Velasco V. fue nombrado miembro de la Junta Directiva de la Asamblea General de Accionistas reunida el 11 de enero de 1938 y actuó como tal hasta el 11 de enero del presente año (1940), fecha en que fue reemplazado por petición del mismo señor Velasco. Pero hago constar que desde el mes de noviembre o antes, si mal no recuerdo, el señor Velasco nos manifestó que deseaba retirarse de la Junta Directiva del Banco, mas nosotros le dijimos que en la primera reunión de la Asamblea General de Accionistas se le consideraría su separación. Lo que en efecto sucedió, como dije antes, el 11 de enero pasado, fecha en que se le reemplazó".

El del señor Hipólito Castrillón, quien declara:

".....Me consta, como Gerente que soy del Banco del Estado en esta capital, que el doctor Luis A. Velasco Villaquirán, fue nombrado miembro de la Junta Directiva, como principal, del Banco que regento, en la Asamblea General de Accionistas que se reunió el 11 de enero de 1938 y actuó como tal hasta el once (11) de enero de mil novecientos cuarenta, fecha en que fue reemplazado por la misma Asamblea por petición del mismo. Cuando el doctor Velasco supo que legalmente no podía seguir en ese cargo, lo que sucedió en noviembre pasado, así lo mani-

festó a la Directiva, pero como ese nombramiento tenía que hacerlo la Asamblea General de Accionistas, así se hizo en la primera reunión que se verificó el 11 de enero pasado como dije antes".

Por su parte, el acusado afirma en su indagatoria que desde el mes de junio de 1939 dejó de concurrir a la Junta Directiva del mencionado Banco, excepto en dos o tres reuniones, a las cuales asistió únicamente para advertir que se le debía designar reemplazo. Pero lo cierto es que no existe, como lo dice el Gerente de ese Banco en la nota del folio 56, constancia escrita de la renuncia del doctor Velasco. Este se limitó a manifestar verbalmente, en fecha que no se precisa, que se le relevara del cargo de miembro de tal Junta.

Sobre el particular se expresa así el señor Procurador:

"No está, pues, claramente definida la época en que el doctor Velasco dejara de concurrir a las deliberaciones de la Junta, ni tampoco la fecha en que solicitó su reemplazo. Le faltó, desde luego, cuidado y diligencia, al omitir la presentación escrita de su renuncia. Pero como no se ha probado que hubiera ejercido actividades en la Junta, a partir del 1º de junio de 1939, no hay fundamento suficiente para abrirle causa criminal por este hecho, por deficiencia en la prueba sobre su conducta a este respecto, aunque el Secretario de Hacienda del Departamento, el Gerente del Banco y el señor Martínez afirman, en términos generales, que el señor Velasco "actuó" como miembro de la Junta Directiva hasta el 11 (o hasta el 26) de enero de 1940.

"No se sabe si al decir que el doctor Velasco **actuó** como miembro de la Junta, han querido expresar sus compañeros que hubo de parte de él participación e intervención en las decisiones de tal Junta, o si simplemente entendieron que había continuado como miembro nominal de ella, sin actuación directa, hasta cuando fue reemplazado".

Resulta, pues, insuficiente la prueba de esta imputación contra el doctor Velasco y sería el caso de ampliar el informativo si el cargo de que se trata estuviera sancionado en el Código Penal, pero no lo está. El artículo 172, citado por el señor Procurador, sanciona con multa de diez a trescientos pesos al "funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave", es decir, se trata de una disposición penal complementaria de otras del mismo Código, que tienen su fuente en el art. 16 de la Constitución nacional, cuyo texto dice:

"Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

Tales funciones no son otras, como es obvio, que las que las leyes expresamente señalan a los empleados públicos, pues si se trata de actos de otra naturaleza, de ellos responden como particulares.

La expresión "a que legalmente está obligado", que trae el citado artículo 172, se refiere indudablemente a los actos que debiendo cumplir el empleado público en el desempeño de sus propias funciones no los realiza o retarda su ejecución, lo que está corroborado por las demás disposiciones del Código que sancionan los delitos de los funcionarios públicos o que se cometen contra ellos y en las cuales se menciona, como elemento constitutivo del hecho, que éste se realice por razón o causa de las funciones públicas del empleado. Una interpretación del artículo 172 que conduzca a incluír en él omisiones de actos no comprendidos entre los deberes oficiales del funcionario público rompería la armonía general del Código.

El artículo 9º de la Ley 16 de 1936 establece ciertamente una prohibición, o más bien una incompatibilidad especial para los empleados del órgano judicial y del ministerio público, siendo por tanto una de las disposiciones dictadas en desarrollo del artículo 159 de la Constitución. Pero no está prevista en el Código la sanción para esta clase de prohibiciones, que miran únicamente a la necesidad de asegurar la independencia de dichos funcionarios y no la confusión de funciones o de actividades que se excluyen entre sí.

Mientras este vacío se llena por el legislador, queda únicamente el deber moral de los empleados del orden judicial y de los del ministerio público de respetar la prohibición contenida en el mencionado artículo 9º de la Ley 16 de 1936, renunciando efectivamente los cargos de miembros de juntas directivas o consejos de administración de establecimientos bancarios o sociedades anónimas y absteniéndose de actuar en tales corporaciones. El Magistrado doctor Velasco Villaquirán se hubiera evitado este debate sobre su conducta si a las manifestaciones verbales que hizo a los demás miembros de la

Directiva de "El Banco del Estado" agrega la oportuna presentación de una renuncia por escrito del cargo que en ella tenía y se abstiene en absoluto de seguir interviniendo en sus deliberaciones.

No estando, pues, erigido en delito este hecho, debe también sobreseerse definitivamente, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 437 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **sobresee definitivamente** a favor del **doctor Luis A. Velasco Villaquirán**, actual Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, por los cargos que le hizo el doctor Miguel A. Orozco en denuncio de 2 de enero de 1940.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** una vez ejecutoriado, y archívese el expediente.

Absalón Fernández de Soto—José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Srio.

TEORIA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA LEY PENAL CUANDO SE TRATA DE ESCOGER PARA EL REO LA FAVORABLE

Los artículos 22 de la Constitución Nacional, 44 de la Ley 153 de 1887, 3º de la Ley 95 de 1936 y 5º de la Ley 94 de 1938, no pueden conducir sino a la aplicación de uno solo de los dos Códigos Penales, el de 1890 o el de 1936, porque es injurídico el injerto o mezcla o combinación de ambas legislaciones en un caso determinado. Si así no fuera resultaría el inadmisible absurdo de que la ley penal preferida viene a ser una que no corresponde ni a la preexistente al delito ni a la posterior.

La penalidad formada *ad hoc* con retazos de cada uno de los Códigos, atenta contra los principios científicos en que se inspiran éstos, quebranta la lógica articulación de sus reglas y daña la homogeneidad de la técnica de uno y otro.

Cuando entren los falladores a comparar cuál legislación perjudica menos a un procesado que delinquió en la época en que regía el Código Penal de 1890, al escoger la favorable deben aplicarla indivisa para la determinación de la pena principal (incluyendo la reincidencia, si la hay) y la deducción de las accesorias.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, febrero tres de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Sometido a juicio Simeón Riomaña por un robo en cuantía de cinco mil seiscientos treinta pesos ($ 5630.00), como autor de ese delito que ocurrió la noche del 18 de septiembre de 1934, el jurado afirmó la responsabilidad de dicho hombre pero con el carácter de cómplice, y el Tribunal Superior de Pamplona lo condenó a la pena principal de doce años, cinco meses y diez días de presidio.

Recurrió en casación Riomaña, y es ya el momento de que la Corte decida el asunto.

Por primera vez el señor Procurador suscita ante la Corte un tema de grande importancia o de mucha entidad, y es éste:

"Para concluír, hay que hacer este reparo: tanto el Juzgado como el Tribunal, al aplicar las penas hicieron una mezcla inaceptable de disposiciones legales. En efecto, la pena principal la aplicaron de acuerdo con el artículo 404 del nuevo Código, pero haciendo la gradación de la delincuencia conforme a los artículos 117, 118 y 120 del viejo Código; el tanto de la sanción para la complicidad fue regulado también por el artículo 27 de esa obra, y la reincidencia fue computada en armonía con el artículo 34 del nuevo Código. Total, que se hizo un zurcido verdaderamente inconciliable.

"Esto no es así. Los códigos penales obedecen a principios científicos determinados y sus disposiciones todas forman una unidad para la defensa contra la delincuencia. De ahí que en el estatuto penal se realice un encadenamiento lógico entre las penas principales y las accesorias, entre su duración y la peligrosidad del delincuente, y entre estas últimas y ciertas instituciones especiales como la condena y libertad condicionales y el perdón judicial. Romper este orden técnico aunando sanciones heterogéneas traídas de distintos Códigos, que se informan en criterios antagónicos, es un proceder anticientífico y perturbador de la buena marcha de la reforma penal".

De parte del señor Procurador hállase la razón. De modo que los falladores, cuando entren a comparar cuál legislación perjudica menos a un reo que delinquió en la época en que regía el Código de 1890, al escoger la más favorable deben aplicarla completa para la determinación de la pena principal (incluyendo la reincidencia, si la hay) y la deducción de las accesorias.

El inciso segundo del artículo 22 de la

Constitución dice: "En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito", ordena el inciso primero del art. 44, Ley 153 de 1887.

El artículo 3º del Código Penal de 1936, dispone:

"La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Igual mandato consigna la Ley 94 de 1938, en su artículo 5º.

Pues bien: guiada la Corte por un interés puramente jurídico que excluye toda apelación a la equidad, ya que ésta iría contra lo que la Sala entiende como prescripciones obligantes del derecho, el texto constitucional y los principios legales copiados conducen a sostener la "doctrina de la unidad de la ley penal" en la elección de la más favorable para el reo.

Y es que en el tránsito de una legislación penal a otra, el concepto de **ley favorable** tiene que referirse, y se refiere, a la adopción integral de la antigua o de la nueva, para cualquier caso concreto, puesto que si ese concepto de favorabilidad pudiera permitir tomar parte de la ley preexistente y parte de la ley **ex post facto**, resultaría un absurdo: que la ley penal preferida por ser favorable ni es la anterior al delito ni la posterior a él, sino el injerto de ambas, combinación anticientífica que viola el canon de la **pena legal**, considerando que las sanciones así impuestas al procesado no se encuentran en la ley nueva ni en la que regía al tiempo de la comisión del hecho, sino en una que el Juez inventa a su capricho.

Nó. Ley penal favorable, en el sentido constitucional y legal, despierta la clara idea de un conjunto homogéneo y un total de unidad indivisible, que no se compadece con la práctica de aplicar una ley **ad hoc** formada con retazos de dos legislaciones diversas.

Y es la ocasión de advertir que estos "problemas transitorios" no tienen cabida cuando sólo ocurre la reforma de una parte del estatuto penal, porque subsiste su misma estructura con la incorporación de la nueva ley que suprime, adiciona o modifica algo de aquél, evento en que no se presenta el peligro o la oportunidad de incurrir en el injerto, combinación o mezcla que la Sala viene criticando.

Dichos "problemas transitorios" surgen al ser sustituído por otro un código penal, y aumenta la gravedad de las dificultades si la nueva legislación se inspira en los postulados o principios de una escuela diametralmente distinta de la que prevaleció en el antiguo código, pues entonces el cambio de método o doctrina de derecho penal más obliga a respetar la unidad de cada código en la aplicación del favorable, a fin de que no se desarticulen sus reglas y se desvirtúen su espíritu y su técnica.

Y nada tienen que ver con la teoría expuesta, porque no constituyen excepciones a ella, los fenómenos del perdón judicial, de la prescripción y de la condena y libertad condicionales: para delitos perpetrados antes del 1º de julio de 1938, bien pueden regirse tales fenómenos por el Código de 1936, pues la providencia que los decretara es obvio que no contendría combinación de legislaciones.

No existe razón jurídica alguna para que la reincidencia quede exceptuada de la indivisibilidad en la aplicación de la ley penal favorable. El aumento por reincidencia es una pena, y en cada uno de los dos Códigos, el de 1890 y el de 1936, la agravación de la recaída delictuosa está unida al principio generador o sustancia íntima que le da especial fisonomía a la respectiva legislación.

Y cuando el artículo 45, Ley 153 de 1887 (aplicación del precepto de ley penal favorable o permisiva), expresa que los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna, no quiere decir que autoriza la mezcla de las legislaciones, la antigua y la nueva, sino que únicamente manda desatar las dudas por una benigna interpretación de la contingencia que se estudia, mas siempre dentro del estatuto penal adoptado.

Simeón Riomaña en dos escritos formula alegaciones que no corresponden completamente a una demanda de casación, pero que sí suministran base o materia para un estudio de los memoriales.

El reo hace consistir su primera objeción en "que el veredicto fue absolutorio, por cuanto se declaró por el Tribunal de hecho que no era autor sino un simple cómplice, cargo que no consta en el respectivo auto de proceder".

Parece referirse Riomaña a la causal de la indebida aplicación de la ley penal (1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931), y es preciso contestar al recurrente que la tacha invocada no existe, puesto que el

Jurado no negó la responsabilidad sino que, al contrario, la afirmó, cambiando, con el poder de sus atribuciones, la condición de autor del robo por la de cómplice.

La segunda objeción también tiende a presentar la misma causal bajo un distinto aspecto.

Dos condenaciones anteriores, por hurto y robo, habían recaído sobre Riomaña: el 5 de junio de 1925 le impuso el Juez municipal de Cerrito un año de presidio, fallo confirmado el 3 de julio siguiente. Y el 2 de octubre de 1933 el Juez Superior de Buga lo condenó a tres años, cuatro meses y quince días de presidio, providencia confirmada el 28 de febrero de 1934, y que no se cumplió por andar prófugo Riomaña, realizándose la prescripción de la pena.

El Tribunal Superior de Pamplona no computó sino la reincidencia de un año de presidio, por hurto (la de 1925), y descartó la segunda "pues el artículo 34 del nuevo C. P. establece que la pena anterior esté **ejecutoriada,** esto es, cumplida".

El recurrente alega, confundiendo fechas, que el Tribunal debió no tener en cuenta la reincidencia que aplicó por no hallarse dentro de los diez años que la ley fija para ello. Es un notorio error de Riomaña, ya que de julio de 1925 a septiembre de 1934 (época esta última del robo a que se contrae la casación), no median diez años.

El Tribunal se equivocó, pero en favor del reo, cuando combinó injurídicamente los dos Códigos Penales y cuando suprimió sin fundamento la reincidencia de 1934.

Luego el cargo segundo tampoco es admisible, y de serlo se agravaría la penalidad de Riomaña, penalidad que ni es la del Código de 1890 ni la del de 1936, sino una del Tribunal, al margen de las leyes o fuera de éstas.

Si se hubiera aplicado sólo el Código de 1890, la pena principal para Riomaña no habría sido inferior a 13 años y 2 meses de presidio y 6 de relegación (arts. 27, 782 y 785 del Código, y 2º, Ley 105 de 1922).

Y la aplicación integral del Código de 1936 daría, por lo menos, 10 años de presidio y 7 de relegación (artículos 20, 34, 36, 37, 38, 39 y 404).

La objeción tercera a la sentencia es respecto de un punto que toca con la prueba **a sabiendas** en la complicidad de Riomaña, lo que es mero argumento de instancia. No lo comenta la Sala, por tanto.

Y la objeción final es: "La sentencia no está conforme con los cargos deducidos en el auto de proceder. Esto es rotundo. A mí se me enjuició como autor o responsable directo del delito de robo en el almacén del señor Salvino y en ningún pasaje de aquel auto se habló de complicidad, ni de los elementos tanto físicos como morales que configuran esa complicidad".

La Sala replica que si no hay consonancia de la sentencia con el cargo de enjuiciamiento (causal 4ª, artículo 3º, Ley 118 de 1931), la disparidad era necesaria, puesto que el Jurado, cuyo veredicto no es contrario a la evidencia, pudo rebajar a la de cómplice la situación de autor del robo que se le asignara a Riomaña, con lo cual lo mejoró. Y habiéndole favorecido, no sería posible empeorar la suerte del reo infirmando el fallo por el motivo que el recurrente sustenta.

La Procuraduría pide que no se varíe la sentencia recurrida, y la Corte participa de la misma opinión.

Y para terminar, la Sala anota:

a) El "zurcido" o injurídica mezcla de disposiciones de ambos Códigos Penales en el fallo del Tribunal de Pamplona, abriría el campo para invalidar la sentencia por la causal 1ª. "Pero, escribe el señor Procurador, como al aplicar la pena adaptándola en toda su integridad a los postulados de la nueva legislación penal, el acusado resultaría perjudicado en el recurso de casación, que fue interpuesto sólo por él, y no por el Ministerio Público, esa la valla legal para que la Procuraduría se abstenga de hacerlo. Y tampoco cabe la aplicación del viejo Código, porque conforme a éste serían peores las sanciones, como lo observaron el Juez y el Tribunal"; y

b) No puede dejarse pasar en silencio la rara idea del Tribunal Superior de Pamplona, de que "el artículo 34 del nuevo C. P. establece que la pena anterior esté **ejecutoriada,** esto es, cumplida". Ejecutoria no es ejecución. Y el artículo 34 del Código de 1936 en la frase "ejecutoriada la condena" indica no la pena cum-

plida sino la sentencia que impone la sanción.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la tesis del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar el fallo del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Simeón Riomaña, por robo, a doce años, cinco meses y diez días de presidio.

Devuélvase el negocio al Tribunal citado.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Absalón Fernández de Soto. Julio E. Argüello R., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO

Cumplo con el deber de manifestar mi disentimiento respecto de la parte motiva de este fallo, aprobado por la mayoría de la Sala en la casación de Simeón Riomaña, procesado por robo.

A propósito del fallo dictado con fecha dos de diciembre de mil novecientos cuarenta en el recurso de casación de Víctor M. Díaz hube de expresar los siguientes conceptos:

Es claro que no pueden "combinarse" los dos códigos, el de 1890 y el de 1936 a fin de imponer una sanción que este último establece para determinado delito, y medir, al propio tiempo, tal sanción con los famosos tres grados que la vieja ley señalaba, pues hay una diferencia fundamental entre los criterios de los dos estatutos penales, que hace incompatible la graduación aritmética y predominantemente objetivista del antiguo Código, con el relativo arbitrio judicial y la tendencia subjetivista del Código nuevo; y tampoco podrían combinarse para aplicar la sanción principal que uno de ellos fija, con las accesorias del otro. Trátase en esos casos de elementos de la ley no susceptibles de separación y que imponen, por consiguiente, la aplicación integral o indivisible de una de las dos leyes.

No así en lo referente al aumento de pena por reincidencia.

Uno de los defectos protuberantes del Código Penal que ha dejado de regir era el de los caprichosos y exorbitantes cálculos aritméticos para hacer tal aumento. Dentro de ese criticado sistema debía el Juez sumar las penas impuestas por las sentencias anteriores con la imponible en el fallo que se tratara de dictar; esa suma debía dividirse por el número de los delitos, y el cuociente había que multiplicarlo por el número de reincidencias: ingenioso enredo, más propio de cálculos electorales que de la administración de justicia, y que constituyó uno de los más clamorosos motivos de la reforma penal.

En cambio, con el nuevo Código la agravación de pena al reincidente se hace de manera muy sencilla: al reincidente por primera vez se le impone una tercera parte más de la pena señalada para el delito; y sólo de la segunda reincidencia en adelante "se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal, por cinco años" (artículo 34 del Código Penal de 1936).

No se trata de una institución nueva y propia de la ley que ahora nos rige: siempre se ha considerado, por uno u otro motivo, que la reincidencia debe implicar un aumento en la penalidad.

Quizá pueda pensarse, dentro de los criterios de la nueva legislación penal, que a quien reincide por segunda vez — y a fortiori de ahí en adelante — no se le va a imponer un simple aumento de la sanción, sino que el Código somete al criminal a una especie de tratamiento con la relegación a colonia agrícola, ya que tal relegación debe llevarse a cabo "cuando la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostraren en él una tendencia persistente al delito" (artículo 34, inciso 2º)

No habrá, pues, en ningún caso, relegación a colonia agrícola para el reincidente por primera vez; ni la habrá tampoco para el que reincida varias veces, sino cuando se reúnan las otras condiciones que exige el artículo 34 del Código.

Tenemos, según eso, como punto de partida que sólo de la segunda reincidencia en adelante habrá de hacerse estudio especial respecto de la personalidad del delincuente, a ver si es uno de los denominados **habituales**, caso en el cual se le someterá al tratamiento y a la represión especiales que implica la relegación en colonia agrícola.

La primera reincidencia causa una simple agravación fija de pena, no por razón de la naturaleza y modalidades de los hechos cometidos, ni teniendo en cuenta los motivos determinantes, o el género de vida llevado por el agente. Se aumenta la pena, en el nuevo Código así como se aumentaba en el antiguo por el solo hecho de la repetición de delitos, y trátese de infracciones de la misma especie o de diferentes géneros.

En segundo lugar, tenemos que el aumento de pena para el reincidente (sólo quiero referirme al caso de primera rein-

cidencia), es siempre el de una cuota parte de la pena imponible. Con el sistema del viejo Código esa cuota parte se calcula con operaciones de suma, división y multiplicación, en las cuales entran como factores las penas impuestas anteriormente; y en el nuevo Código, más sencillo y equitativo en esto, el aumento es simplemente de una tercera parte de la pena imponible, para la primera reincidencia, o de la mitad de la pena imponible si es segunda reincidencia.

Ocurre la curiosa circunstancia de que no obstante inspirarse el Código de 1936 en miras exclusivas de defensa social, se ha mostrado más benigno que el anterior en lo relativo al aumento de pena por reincidencia. Al menos para el reincidente por primera vez, tal aumento resulta siempre más gravoso con el Código de 1890 que con el de 1936, pues al paso que en éste no es ni más ni menos que de una tercera parte de la sanción, en aquél puede tratar de ser superior a ella, evento frecuente y cuya posibilidad contempla aquella ley, en su artículo 142, que decía:

"Cuando lo que resulte de aumento a la primera reincidencia sea mayor que la pena que corresponde al delito, será ésta la pena que se multiplique por el número de la reincidencia para averiguar el aumento definitivo".

Si la reincidencia fuese una circunstancia de aquellas que el viejo Código denomina **agravantes** o de las que el nuevo llama de **mayor peligrosidad**, el cálculo de la sanción — dentro del mínimo y el máximo imponible — dependerá en gran parte de esa circunstancia, y entonces, siendo base la reincidencia para calcular la pena, habría que considerarla como algo inseparable de ésta.

Pero ocurre cabalmente lo contrario: el orden lógico o de prelación indica que ante todo se determine la pena aplicable por el delito (y el Juez puede estimar, por ejemplo, que sólo debe imponerse el mínimo, no obstante la reincidencia); después, sobre esa sanción ya conocida o prefijada, se calculará el aumento que corresponda por tratarse de un reincidente: el Juez sentenciador tendrá que hacer dos operaciones mentales distintas. Y entonces, ¿por qué resultaría quebrantada la aplicación indivisible de la ley al preferir el Código de 1890 como más benigno para determinar la pena, y el de 1936, también como ley más favorable, para medir el aumento por reincidencia?

Si la aplicación exclusiva de una sola de las leyes ofrece la inapreciable ventaja de la sencillez, que facilita la tarea judicial, parece, por otra parte, más equitativo, abandonar de una vez el anacrónico sistema del anterior Código y poner ya en actividad el de 1936 no sólo para los casos nuevos, sino también para la agravación de pena a reincidentes a quienes puedan abarcar las dos legislaciones.

La Corte que terminó su período legal el primero de mayo de 1940 sentó en algunos fallos doctrina análoga diciendo sobre el particular lo siguiente:

"Complejo en verdad es el problema de la aplicación simultánea de dos legislaciones penales en busca de la solución más favorable al reo; pero el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que habla sobre los distintos eventos de aplicación de este principio, da en su inciso final la siguiente norma:

'Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna'.

"En tratándose de reincidencias, respecto de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye una pena accesoria, la interpretación benigna conduce a escoger el aumento menos gravoso para el reo, no obstante aplicarse la ley antigua como más favorable en cuanto a la condenación principal. Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código suprimiera el aumento de pena por reincidencia, el juzgador tendría que prescindir de él aun cuando hubiera de castigarse conforme a la ley anterior el delito del reincidente".

No es de extrañar la discrepancia de pareceres en esta materia, pues aun los tratadistas de Derecho Penal dan soluciones diferentes al problema. Así por ejemplo, Von Liszt se pronuncia categóricamente en favor de la tesis por la cual optan mis distinguidos compañeros; Florián no es bien claro al referirse a esta cuestión, y en cambio otros, como Garraud, Vidal, Hugueney (profesor actualmente de la Universidad de París), deciden sin vacilación el punto en el sentido de que el preferir por razón de benignidad, una de las dos leyes para determinar la pena, puede sin embargo computarse de acuerdo con la otra ley más favorable al aumento por reincidencia, si esta otra ley fuere más favorable al reo. Y uno de esos autores, Vidal, cita abundante jurisprudencia francesa acorde con esta opinión.

La mayoría de la Sala llega a admitir que en cuanto a la condena y la libertad condicionales o al perdón judicial, "instituciones nuevas establecidas en el siste-

ma penal sancionado en 1936, es evidente que de acuerdo con la garantía constitucional sobre retroactividad de la ley benigna, ellas pueden favorecer al reo de un hecho punible cometido antes de entrar en vigor el nuevo Código, si se halla plenamente justificada su aplicación".

Y entonces me pregunto: si la regla de aplicación integral de la ley como un todo indivisible puede tener excepciones que la mayoría de esta Sala reconoce y acepta ¿no sería también equitativo incluír en ellas la del aumento de pena por reincidencia máxime cuando ese aumento no es innovación del sistema penal recientemente implantado sino que es una vieja institución y existía, aunque enrevesada y draconiana, en el Código anterior?

Y si hay duda sobre posible aplicación de la ley más benigna, ¿cómo no resolverla en favor del reo, de acuerdo con la norma que da el artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en su parte final?

Por lo demás, en el caso de que hoy se trata, sentencia contra Simeón Riomaña por robo, el Tribunal no aplicó la pena de acuerdo con uno de los Códigos y el aumento por reincidencia según el otro, sino que juzgó tanto el delito como la reincidencia por la ley penal de 1936: no era, pues, indispensable que la Corte se refiriese, en el fallo que antecede, a ese particular. Pero como la honorable mayoría de la Sala resolvió hacerlo así, pará justificar mi disentimiento respecto de algunos pasajes de la parte motiva, me he visto obligado a repetir los conceptos que sobre la unidad de la ley penal y sobre las excepciones a ese principio, hube de exponer a propósito de otra casación. El fallo de la Corte y el salvamento de voto del Magistrado que suscribe están publicados en la **Gaceta Judicial** números 1961 a 1963.

José Antonio Montalvo.

Bogotá, 5 de febrero de 1941.

APLICACION DE LA LEY FAVORABLE.

1—La Corte ha sentado doctrina en el sentido de que "el juez puede elegir entre la ley antigua y la ley nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que le parezca más conforme con el criterio de favorabilidad". 2—En el punto concreto de aumento de pena por reincidencia, es jurídico y acorde con el precepto constitucional determinar la pena base, de acuerdo con uno de los dos códigos, y el aumento por reincidencia de acuerdo con el otro código, por ser más favorable al sindicado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo).

Procede la Corte, agotados como están los trámites del recurso de casación, a resolver sobre el que interpuso Pablo Emilio Ochoa contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la cual se le condenó, teniendo en cuenta que es reincidente, a la pena de nueve años y cuatro meses de presidio como responsable de la muerte violenta de Rubén Londoño.

Ocurrió el hecho delictuoso cuando aun regía el Código Penal de 1890 y la parte recurrente ha fundamentado el recurso en las causales 4ª, 3ª, 1ª y 5ª de la Ley 118 de 1931.

El señor Procurador de la Nación impugna el recurso interpuesto por Ochoa y pide que no se case la sentencia del Tribunal de Medellín.

Se pasa a examinar por separado cada una de las causales de casación invocadas, en el orden de trascendencia de ellas.

..CAUSAL 3ª—**Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.**

Las alegaciones de la parte recurrente sobre este punto pueden sintetizarse así: la muerte de Rubén Londoño no fue efecto y consecuencia natural de las heridas que le infirió Pablo Emilio Ochoa, sino de otra causa que no es posible precisar pero que se relaciona con la intervención quirúrgica practicada en Londoño y de la cual pudo quedar un vaso sin sutura (descuido), o soltarse la ligadura de alguno de ellos (impericia) y que, en todo caso, después de la operación, le sobrevino al herido un derrame sanguíneo, "accidente independiente de la voluntad del heridor que no se le puede imputar para responsabilizarlo".

Estas alegaciones son hipotéticas:

1º—No se ha probado que la causa de la muerte de Rubén Londoño sea distinta de las heridas de arma de fuego que Pablo Emilio Ochoa le infirió; apenas se sugieren suposiciones sobre posibles efectos de la intervención quirúrgica en Londoño. Pero de un lado resultan gratuitas aquellas suposiciones; y, de otra parte, ellas no desvirtúan el hecho de que las heridas causadas por Ochoa a Londoño fueron suficientes para producir, por si solas, la muerte.

2º—La diligencia de autopsia y el dictamen que ella contiene, son categóricos en el sentido de concluir que "Rubén Londoño murió por consecuencia y efecto natural de una peritonitis consecuencial a las heridas producidas con proyectil de arma de fuego que penetraron a la cavidad abdominal e interesaron las vísceras". Y en esa diligencia de autopsia se hace un análisis detallado de las heridas, su trayectoria, los efectos de ellas y sus naturales resultados, estudio que persuade de que Londoño habría muerto lo mismo con la intervención quirúrgica que sin ella.

3º Las heridas de revólver causadas a Londoño no afectaron simplemente la pared abdominal sino que hicieron verdaderos destrozos en los órganos contenidos dentro de aquella cavidad. Al tratar de hacer la intervención quirúrgica se encontró desgarrado el borde anterior del hígado en cosa de cuatro centímetros, "con hemorragia abundante". Y en el colon descendente había dos perforaciones. Parece innecesario encarecer la extremada gravedad de la clase de heridas; y sería verdaderamente injusto que sin un fundamento real se hiciera deslizar la responsabilidad de la muerte de Londoño so-

bre los médicos que en cumplimiento de su deber, agotaron los recursos de la ciencia para defender una vida.

4º—El señor Procurador Delegado reproduce unos pasajes muy pertinentes de la obra **Medicina Legal**, del doctor Guillermo Uribe Cualla, y observa que parece como si se hubieran escrito a propósito del caso que es materia del fallo impugnado. La Corte estima conveniéte repetir la transcripción de aquellos apartes por la especial autoridad que les da la circunstancia de ser su autor el Jefe de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá.

Dicen así:

"Heridas del abdomen.

"Estas heridas pueden ser simplemente parietales, es decir, que sólo han interesado la pared del abdomen, pero sin penetrar a la cavidad abdominal, y las otras son heridas penetrantes de la cavidad abdominal y con frecuencia al mismo tiempo perforantes de las vísceras contenidas en su interior. Aquellas heridas que sólo interesen el espesor de la piel, pero sin llegar a los músculos, se reparan en el término de ocho días; cuando interesan los músculos, la cicatrización se retarda hasta diez o doce días. Las contusiones del abdomen son delicadas, aunque aparentemente no haya huellas externas de violencia: así se presentan rupturas de la vejiga llena, rupturas de la matriz en estado de gestación, ruptura del bazo, del intestino, del hígado, etc., por el mecanismo de la vibración molecular. También es sabido que un traumatismo en la región del epigastro (boca del estómago), es capaz de producir una muerte instantánea por inhibición, ya que en este sitio se encuentra un plejo muy importante como es el solar. Las heridas penetrantes del abdomen son de naturaleza muy grave, porque aun cuando el instrumento vulnerante no haya perforado ningún vaso, ni víscera, sin embargo existe el peligro inminente de la peritonitis, al ponerse en contacto con la cavidad peritoneal con un medio siempre muy séptico o virulento. Ahora bien, pueden producirse perforaciones del intestino delgado, del estómago, del intestino grueso o colon, de la vejiga, cuando está dilatada, por encima del pubis, del riñón del hígado, del pancreas, o haber ruptura de los dos grandes troncos: arterial y venoso (aorta y vena cava inferior) y sus ramas abdominales.

"Las dos grandes causas de mortalidad en estas heridas son: la hemorragia intrabdominal, que por su abundancia puede matar en pocas horas; y la peritonitis, que puede ser sobreaguda o simplemente aguda. Las perforaciones del estómago y del intestino ocasionan la peritonitis (infección del peritoneo con manifestaciones inflamatorias), porque vertido su contenido en la cavidad abdominal, se contamina el peritoneo, que es una membrana serosa que limita todas las vísceras abdominales, y es de especial receptibilidad microbiana. Claro está que el contenido del estómago es menos séptico que el intestino. Las heridas penetrantes y perforantes del abdomen, cuando no se complican de hemorragia grave o de peritonitis, se reparan en veinte o treinta días, pero pueden dejar como secuela directa, adherencias intestinales, estrecheses del intestino, o cicatrices quirúrgicas muy amplias, consecutivas a las intervenciones de urgencia que es necesario practicar, y dejan una debilidad especial de la pared abdominal, que predispone especialmente a las eventraciones. Es necesario saber que la peritonitis, cualquiera que sea su forma, en estas heridas penetrantes del abdomen, siempre es efecto natural y directo de la misma herida, bien se haya tratado el caso quirúrgicamente o no. Porque hay que tener presente que la intervención de urgencia que se practica con el fin de suturar las perforaciones intestinales, sólo da muy remota probabilidad de salvación de la víctima. Y las estadísticas hospitalarias y de las clínicas particulares dan un porcentaje de mortalidad muy alto. De manera que no hay que pensar, como lo creen erróneamente algunos jurisperitos, que la muerte sobreviene por peritonitis, unas veces por falta de la intervención quirúrgica oportuna, y otras veces por motivo de la misma operación, puesto que ya vimos que el proceso infeccioso del peritoneo se verifica en los casos en que no se interviene, y con demasiada frecuencia a pesar de la intervención más oportuna y técnica. Claro está que estas intervenciones en heridas penetrantes del abdomen están indicadas, y deben hacerse a pesar del mal pronóstico que en lo general tienen, puesto que el cirujano tiene la obligación de emplear todos los medios de que dispone la ciencia para tratar de salvar una vida".

(Guillermo Uribe Cualla. **Medicina Legal**, páginas 144 y 145).

¿De dónde, pues, en un caso como éste, el error en cuanto a la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, siendo así que la prueba fue apreciada por los juzgadores de instancia en su justo valor y

que esa prueba tiene un sólido fundamento científico?

CAUSAL 4ª—**Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.**

Plantea la cuestión el recurrente así:

El cuestionario que el Juez sometió al Jurado pregunta si Pablo Emilio Ochoa es responsable de haber herido, voluntariamente y con arma de fuego a Rubén Londoño, a consecuencia de lo cual murió éste trece días después. Dice el señor abogado que la respuesta afirmativa del Jurado a esa cuestión no significa que el acusado sea responsable del delito de homicidio voluntario o intencional, sino involuntario (Código de 1890), o preterintencional (Código de 1936).

Y agrega que otra cosa muy distinta se entendería si la respuesta afirmativa del Jurado hubiera recaído sobre una pregunta formulada de la siguiente manera:

"El acusado Pablo Emilio Ochoa (a. Charro), es responsable de haber dado muerte, voluntariamente, al señor Rubén Londoño (a. Cosueco), por medio de una herida causada con arma de fuego (revólver)...?"

Puede aceptarse que la redacción del cuestionario hubiese sido mejor en la forma que sugiere la parte recurrente; pero no es admisible que una simple trasposición de frases haya de variar la naturaleza de la cuestión sometida al Jurado y la respuesta de éste.

Con toda razón dice a este propósito el señor Procurador Delegado:

"Si la pregunta formulada se disloca, el reparo puede tener algún apoyo; pero como el cuestionario debe tomarse en toda su integridad, la conclusión lógica es la de que a los Jueces se preguntó sobre la responsabilidad homicida del acusado, es decir, sobre el mismo delito sobre la (sic) cual se profirió el auto de proceder, pues si Ochoa fue el responsable de las heridas que ocasionaron la muerte de Londoño, lo fue también del fallecimiento de éste, dada la relación de causalidad entre los dos fenómenos contemplados en el cuestionario.

Si el cuestionario se refiriera, como pretende el recurrente, al delito de homicidio preterintencional, puesto que la sentencia condenó por homicidio simplemente voluntario, la discrepancia existiría entre la sentencia y el auto de proceder, y entonces sí ocurriría un motivo fundado de casación por la causal 4ª.

Pero ni la sentencia condenatoria de Pablo Emilio Ochoa está en desacuerdo con el auto de proceder, ni el recurrente ha invocado por ese aspecto la causal 4ª de casación que se está examinando.

El auto de proceder no puso en duda la intención homicida de Pablo Emilio Ochoa; y por el contrario, al enunciar las circunstancias que antecedieron y acompañaron el hecho sugiere, aunque sin decirlo expresamente, la idea de una intención deliberada o anticipada por parte del matador.

No de otro modo puede entenderse el siguiente pasaje del enjuiciamiento:

"Verdad demostrada superabundantemente en los autos es la de que occiso y sindicado fueron enemigos con anterioridad al caso que se estudia; que el acusado portaba, fuera de un cuchillo, un arma de fuego de la misma clase de aquella con que fue herido Londoño (revólver); que éste se hallaba desarmado; que ambos estaban haciendo ingestiones de bebidas embriagantes, ingestiones que, por diversas circunstancias, obraban más activamente en el occiso, quien, por ello, se encontraba perfectamente ebrio y no así su victimario; que éste manifestaba inusitado afán de que se retiraran del lugar en donde se hallaban, con el fin, decía Ochoa, de conducir a Londoño hasta su casa de éste y para que durmiera; que el sindicado hacía grandes y visibles esfuerzos para que el ofendido tomara la mayor cantidad posible de bebidas alcohólicas, fingiendo ayudarle a valerse contra la impotencia a que lo iba reduciendo la intoxicación alcohólica que soportaba; que Londoño, pocos minutos después de haber salido con Ochoa de la cantina o establecimiento en donde se encontraban, regresó solo, herido y afirmando que "Charro" lo había atacado a balazos, etc., etc."

Aun cuando el auto de proceder no dedujo la circunstancia modificadora de premeditación la cual, por consiguiente, tampoco se formuló en el cuestionario, basta lo dicho para concluír que los juzgadores de instancia siempre estimaron como intencional el homicidio que cometió Ochoa; y que es por lo menos aventurado decir que el Jurado apenas consideró al acusado responsable de un delito de heridas, o de homicidio preterintencional.

El recurso no prospera, pues, por la causal 4ª de casación.

CAUSAL 5ª—**Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.**

El señor apoderado ante la Corte alega al respecto así:

"A) El veredicto se interpreta como lo hicimos en la primera causal alegada:

"Dos cuestiones pueden entenderse entonces:

"El veredicto es justo si se encuentra infundada la tesis de legítima defensa planteada por el defensor en cuanto hace referencia a las heridas causadas a Londoño, y es justo también en cuanto a que las heridas fueron la causa de la muerte si se consideran infundadas las razones dadas en la segunda causal alegada.

"La primera cuestión fue alegada por el defensor en las instancias, ante el jurado y el tribunal, la segunda también.

"B) El veredicto no se interpreta como lo hicimos en la primera causal alegada, sino que se considera que se declaró responsable a Ochoa, no únicamente de las heridas que en concepto del jurado causaron la muerte sino del homicidio.

"Entonces deben considerarse también dos cuestiones:

Las consideradas en el ordinal A) y la de que la intención homicida no se encuentra en parte alguna demostrada".

La Corte observa:

1º El veredicto no puede interpretarse en el sentido que ha querido asignarle el recurrente, de ser declarativo de un homicidio ultraintencional o concausal (artículos 365 y 366 del Código de 1936) o de un homicidio involuntario (artículo 589 del Código de 1890). Este punto quedó analizado a propósito de la causal 4ª;

2º No hay prueba alguna de la legítima defensa que se alega;

3º Por el contrario, las circunstancias que rodearon el hecho delictuoso demuestran que en el caso de autos el injusto agresor fue el reo Ochoa y no su indefensa víctima;

4º No resulta, pues, injusto el veredicto ni, menos, "notoriamente injusto".

CAUSAL 1ª—**Indebida aplicación de la ley penal.**

Propuso el recurrente este motivo de casación como consecuencia lógica de las causales 3ª y 4ª, pues al considerar ilegal la sentencia ya sea por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, ya sea por incongruencia del fallo con la decisión del Jurado, resultaría mal aplicada en la sentencia la ley penal.

Pero como la Corte no ha encontrado fundada la acusación contra la sentencia por ninguno de aquellos motivos y causales, tampoco debe aceptar la consecuencia que en caso contrario se seguiría. No prospera, pues, la casación por este aspecto de la causal 1ª.

Termina su vista el señor Procurador Delegado con la observación de que en cuanto a la cantidad de pena impuesta a Ochoa el Tribunal respetó el principio constitucional de dar preferencia a la ley favorable, aplicando al homicidio el Código de 1890 y juzgando el fenómeno de la reincidencia en armonía con el Código nuevo.

La mayoría de esta Sala, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, ha sentado doctrina en el sentido de que "el juez puede elegir entre la ley antigua y la ley nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que le parezca más conforme con el criterio de favorabilidad".

Por su parte, el Magistrado ponente del fallo que hoy profiere la Corte, aunque aceptando el principio de la unidad de la ley penal, sostiene que en el punto concreto del aumento de pena por reincidencia es jurídico y acorde con el precepto constitucional, determinar, como lo hizo en este caso el Tribunal de Medellín, la pena base de acuerdo con uno de los dos códigos y el aumento por reincidencia de acuerdo con el otro código, por ser más favorable al sindicado.

La decisión de la Sala en que se sentó doctrina, así como el correspondiente salvamento de voto, corren publicados en la **Gaceta Judicial,** números 1961 y 1963 (casación de Víctor M. Díaz).

Por los considerandos que preceden la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y NO INVALIDA, la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, fechada el once de octubre de mil novecientos treinta y nueve, que condenó a Pablo Emilio Ochoa a la pena principal de nueve años y cuatro meses de presidio, como responsable de la muerte de Rubén Londoño.

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

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto, Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

No puede resolverse un incidente de excepciones mientras no haya juicio ejecutivo, y no lo hay, conforme al artículo 981 del C. J., mientras no se notifique al ejecutado el mandamiento de pago. Cuando la parte ejecutada se compone de varios, han de estar notificados todos para que se cumpla la exigencia legal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado V.)

Por resolución número 5 del 14 de enero de 1939 de la Dirección General del Departamento Nacional de Provisiones feneció con alcance de $ 610.81, la cuenta del Almacén Nacional, a cargo de los señores Alberto Escobar Camacho y Diego Silva Parra, en la calidad de Almacenista y Subalmacenista, respectivamente. Esta providencia fue aprobada por la Contraloría General de la República y se encuentra ejecutoriada.

Los señores Ana María Camacho de Escobar y Juan de Dios Silva Silva, constituyeron fianza hipotecaria a favor de la Nación, para responder por el manejo de los responsables, según consta en las escrituras que obran en autos.

Con base en el citado fenecimiento y en las fianzas hipotecarias correspondientes, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y contra "la persona y bienes de los principales deudores, señores Alberto Escobar Camacho y Diego Silva Parra, y con acción real y personal contra los señores Juan de Dios Silva y Ana María Camacho v. de Escobar, en su condición de fiadores mancomunados y solidarios de dichos principales responsables, y en persecución de los bienes hipotecados a favor de la Nación por tales fiadores, en armonía con lo dispuesto por el artículo 998 del C. J. ya citado, por la suma líquida de seiscientos diez pesos con ochenta y un centavos ($ 610.81) m. l.

La notificación del auto ejecutivo se hizo personalmente al señor Diego Silva Parra, por medio de su apoderado; al señor Roberto Escobar Camacho, y a la señora Ana María Camacho v. de Escobar.

El ejecutado señor Diego Silva Parra, por medio de su apoderado en este juicio, presentó un memorial de excepciones, y para decidir sobre el incidente a que da lugar, ha subido el negocio a esta Superioridad.

Se observa:

No se ha notificado el auto ejecutivo a uno de los ejecutados, señor Juan de Dios Silva Silva. Sobre la falta de la notificación del mandamiento ejecutivo, cuando son varios los ejecutados y se han propuesto excepciones por solo uno de ellos la Corte tiene sentada la siguiente doctrina:

"No puede resolverse un incidente de excepciones mientras no haya juicio ejecutivo, y no lo hay, conforme al artículo 981 del Código Judicial, mientras no se notifique al ejecutado el mandamiento de pago. Cuando la parte ejecutada se compone de varios, han de estar notificados todos para que se cumpla la exigencia legal".

Por la circunstancia anotada, esta Sala no puede aprehender el conocimiento de las excepciones propuestas.

Además, aparece en el expediente una partida en que consta la defunción del señor Juan de Dios Silva Silva, y por tanto, la notificación respectiva ha de hacerse a los herederos o causahabientes del ejecutado muerto, con sujeción a lo previsto en el art. 1434 del Código Civil.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, ad-

ministrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que se devuelva el expediente al Juez Ejecutor para los fines consiguientes.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

CUPONES DE DEUDA

Los cupones de deuda, emitidos por entidades públicas o privadas, son instrumentos negociables al tenor del artículo 3º de la Ley 46 de 1923.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre quince de mil novecientos cuarenta.

Por auto de 26 de julio de 1938 el Tribunal Superior de Medellín libró orden de pago por la vía ejecutiva en favor del doctor José Luis Molina y en contra del Departamento de Antioquia, representado por uno de los Fiscales de dicho Tribunal, por la suma de cuatro mil setecientos cuarenta pesos. Sirvieron de recaudo ejecutivo ciento cincuenta y ocho cupones de intereses, por un valor nominal de cuarenta pesos cada cupón, "papeles de crédito pertenecientes al empréstito interno emitido por el Departamento de Antioquia, para la financiación de la carretera llamada al Mar".

Contra esa providencia impetró reposición el señor Fiscal 2o. del Tribunal Superior, y en auto de 15 de septiembre del mismo año de 1938, el Tribunal resolvió no acceder a lo demandado, pero en lugar de ello concedió para ante la Corte el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por el señor Fiscal. Ese el motivo por el cual se encuentra el asunto en esta Superioridad, en donde la alzada ha pasado por los trámites de rigor.

El señor Procurador Delegado en lo Civil ha emitido concepto en el sentido de que debe revocarse el auto apelado.

Funda su parecer el representante de la Nación en que "para apreciar el mérito ejecutivo de los bonos y cupones de deuda, emitidos por entidades públicas o privadas es de absoluta necesidad la presentación del contrato respectivo, como quiera que la calidad de instrumentos negociables de tales papeles se rige primeramente por el contrato, o por la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado su emisión, y a falta de ello, por las prescripciones legales pertinentes". Y además, en que, según jurisprudencia de esta Sala, "es menester establecer de acuerdo con los convenios que autorizan y regulan los papeles de deuda presentados como recaudo, la capacidad que se concede a los tenedores para demandar en su propio nombre el pago".

La Sala considera:

Según el artículo 1º de la Ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables, los principales instrumentos de esta clase, para los efectos de dicha ley, son: la letra de cambio, el pagaré, el cheque, los giros, las libranzas, los cupones y cualquier otro instrumento que reúna las condiciones exigidas en la referida ley para ser negociable.

Y estatuye el artículo 3º en su parte pertinente: "Los bonos, obligaciones o cupones de deuda, emitidos por entidades públicas o privadas, serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado la emisión de ellos, y a falta de tal disposición, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes...."

En el presente caso se trata de cupones sobre cuyo carácter de instrumentos negociables no cabe la menor duda, si se atiende a la leyenda que los bonos ostentan, leyenda que si no es el contrato, en toda su integridad, que echa de menos el señor Procurador Delegado en lo Civil, sí contiene lo substancial para poder afirmar que se trata de cupones negociables de acuerdo con la respectiva norma. Si de lo inserto en los bonos resulta que esos papeles podrán ser registrados y transferidos al portador sucesivamente a opción del tenedor, pero que "ningún registro afectará la negociabilidad de los cupones adjuntos de intereses, los cuales seguirán siendo pagaderos al portador y transferibles por su mera entrega", no es de presumirse — en caso de no estar íntegramente inserto el contrato — que haya cláusulas que contradigan la leyenda a que se ha aludido. Puede haberlas, pero como lo ordinario es que las cláusulas de un contrato sean armónicas, quien afirme, en el caso en estudio, que el contrato en cuya virtud se hizo el empréstito, contiene estipulaciones — no contenidas en aquella leyenda — conforme a las cuales se necesitan para la negociabilidad de

los cupones requisitos que no están satisfechos, puede atajar la acción ejecutiva proponiendo esa alegación como hecho exceptivo, que desde luego habría que probar.

En la leyenda varias veces citada se dice "Este bono se emite de acuerdo con y en virtud de la Ordenanza número 8 de 1926 de la Asamblea Departamental de Antioquia, de fecha 22 de marzo de 1926, la cual autoriza al Gobernador del Departamento, obrando de acuerdo con una junta instituída al efecto, para emitir bonos hasta por ocho millones de pesos oro de capital; y este bono es uno de una emisión de bonos internos en oro de veinte años de plazo al ocho por ciento de la Carretera al Mar, en la cantidad principal total de $ 900,000 oro, autorizados por y emitidos en conformidad con los decretos del Gobernador del Departamento, y designados: Decreto número 100 de 1926, de fecha 23 de octubre de 1926; Decreto número 118 de 1926, de fecha 13 de diciembre de 1926; unificados, reformados o adicionados por decretos del Gobernador del Departamento y designados respectivamente; Decreto número 19 de 1927, de fecha 17 de febrero de 1927; Decreto número 31 de 1927, fecha 18 de marzo de 1927, los cuales decretos se dictaron de acuerdo con la autorización conferida por la mencionada Ordenanza número 8 de 1926".

Tratándose de declaraciones hechas por el Jefe de la Administración Pública Departamental, representante de la entidad deudora, lógico es presumir que ellas están ajustadas a la verdad, es decir, que los bonos fueron emitidos con sujeción a las Ordenanzas y Decretos allí citados. Ahora, si no fue así, puede hacerse valer la excepción competente.

Se dice en los bonos: "el Departamento empeña su buena fe y su crédito para el cumplimiento y puntual pago del capital y de los intereses de todos los bonos de esta emisión, y por la presente se compromete y se obliga a incluír en su presupuesto cada año, todas las partidas necesarias para el servicio íntegro de la deuda representada por los bonos de esta emisión de la manera estipulada en este instrumento. El Departamento por la presente se declara y se obliga a que este bono es una obligación válida y legal del Departamento y que todos los actos, cosas y condiciones que sean requisitos de hacer, cumplir o suceder previamente a la emisión de estos bonos, han sido hechos cumplidos y sucedidos en debido y estricto cumplimiento de la Constitución, Leyes de la República de Colombia y Ordenanzas y Decretos departamentales".

Lo que se deja inserto demuestra que se ha comprometido en forma seria y eficaz la responsabilidad del Departamento de Antioquia. Francamente inexplicable resultaría que después de comprometer el Departamento emisor "su buena fe y crédito", diciéndole al tenedor: Usted puede adquirir estos papeles en la seguridad de que podrá negociarlos y de que serán pagados religiosamente, en la forma que aparece en ellos, capital e intereses, a la postre se le dijera a ese tenedor: de la leyenda inserta en esos papeles no resulta que tengan el carácter de instrumentos negociables. Tendría eso, sin duda, visos de algo contrario a la seriedad que debe ser norma en las relaciones contractuales, especialmente cuando está de por medio el nombre de alguna de las entidades de derecho público.

En cuanto al segundo argumento del señor Procurador—el relativo a la ausencia de prueba de la capacidad que tenga el tenedor de los cupones exhibidos como recaudo para demandar en su propio nombre el pago—la Sala observa que en parte alguna de la leyenda inserta en los bonos aparece que exista un contrato de fideicomiso, del cual pudiera desprenderse que hay un fideicomisario que tiene la representación de los tenedores de los cupones de que se trata.

El Banco Alemán - Antioqueño aparece como un simple comisionado del Departamento para pagar los bonos y cupones de la Carretera al Mar. Lo anterior no excluye la posibilidad de que exista el contrato de fideicomiso, pero siendo la norma general que en materia de instrumentos negociables, el tenedor en debida forma puede demandar sin intermediario el pago, lo justo y razonable es que quien afirma un hecho contrario a esa norma, lo haga valer en forma exceptiva.

Siendo, por lo demás, los cupones de que se trata, de plazo vencido, se estaba en el caso de dar cumplimiento al artículo 996 del Código Judicial, como lo hizo el Tribunal de Antioquia. El decreto ejecutivo está ajustado a lo que prescribe el artículo 997 ibídem.

La Sala considera inobjetable dicho decreto en cuanto en este asunto da aplicación a la Ley 11 de 1933.

Igualmente inobjetable es la providencia recurrida en cuanto excluye del mandamiento de pago los intereses de los cupones, ya que la ley sobre instrumentos

negociables no autoriza el anatocismo.

Como lo dice el auto apelado "reducido el valor de los cupones, merced a la aplicación o retención del impuesto consagrado por la Ley 11 de 1933, la cuantía de tales papeles asciende (se limita más bien), a la suma de cuatro mil setecientos cuarenta pesos", suma por la cual está librado el mandamiento de pago.

En consideración a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto ejecutivo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 26 de julio de 1938.

Notifíquese, cópiese. Ejecutoriado este auto, vuelva el expediente a despacho para resolver la apelación pendiente.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

CAUCION

No hay precedente legal que exima al Estado, como parte militante en un juicio, de la obligación de prestar la caución a que alude el artículo 879 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, octubre quince de mil novecientos cuarenta.

En el juicio posesorio que el R. Padre Fray Alberto Ariza, representante de la Comunidad Dominicana, sigue contra la Nación, el apoderado de la parte demandante solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el cual conoce del negocio en primera instancia, que se ordenara a la parte demandada la prestación de caución para responder de los perjuicios que puedan sobrevenir por la oposición que hace valer contra la acción posesoria del actor.

El Tribunal por auto del 1º de abril del presente año se negó a acceder la solicitud referida y fundó su providencia en las siguientes razones:

a) La Nación es una persona jurídica y como tal no puede obligarse por sí mismo y por ende prestar la caución de que trata el artículo 879 del Código Judicial, mientras no exista la autorización legal correspondiente.

b) Que según el criterio que informa el Código de Procedimiento Civil, el Estado, los Departamentos y los Municipios están exentos de ciertas cargas procesales que para los particulares son obligatorias.

Por apelación interpuesta contra la decisión del Tribunal, ha subido el negocio a esta Superioridad. Tramitada la alzada en forma legal, se procede a resolver lo pertinente, mediante las siguientes apreciaciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil emite sobre el particular el siguiente concepto que la Sala acoge por estimarlo estrictamente jurídico:

"El Estado, cuando actúa en juicio como persona jurídica, se halla sometido a las normas que gobiernan la marcha del proceso civil, salvo aquellas en que esté exceptuado por expresa disposición de la ley. Y no hay precepto legal expreso que exima al Estado, como parte militante en juicio, de la formalidad de que se trata.

"Tampoco puede deducirse aquella exención de la naturaleza jurídica del Estado como entidad de derecho civil. El estar asimilado a las personas relativamente incapaces no conduce en manera alguna a dicha conclusión. Y el tener por excepción ciertos y determinados privilegios en el proceso civil, no es razón para extenderlos a lo que la ley no ha dicho. Los preceptos de excepción se interpretan y aplican limitativamente".

El artículo 879 del Código Judicial prescribe que "si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le cauce su oposición, el Juez debe ordenarlo..."

En reciente fallo de esta Sala se dijo que este precepto legal es tan general y perentorio que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. "Lo que el legislador tuvo en mira —continúa el fallo aludido— fue garantizar al demandante el pago de los perjuicios en referencia derivados de la oposición del demandado. Y si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general establecida en el citado artículo 879 no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada, para que el actor pueda pedir que el demandado preste la respectiva caución".

Conviene hacer notar que nuestra legislación procesal se inspira en el principio de que las partes deben estar en un mismo plano de garantías y que resultaría contrario a ese principio el que al Estado se le colocase en situación ventajosa privilegiada, cuando gestiona como entidad de derecho privado.

En el orden procesal como en lo que atañe a la ley sustantiva, las disposiciones que consagran prerrogativas son de interpretación restrictiva, es decir, no pueden extenderse a los casos no previstos. Con ellas parece romperse la igualdad jurídica de los contendientes, pero

en el fondo obedecen o deben obedecer, a razones de orden público que están por sobre toda consideración de interés privado. Cuando la ley consagra en favor de alguna de las partes determinada prerrogativa, se presume que tiende en realidad a buscar el equilibrio de las fuerzas en pugna; tal ocurre con el privilegio de pobreza; pero las prerrogativas no se presumen; deben resultar de algún texto legal, y lógico que así sea, puesto que la norma es la igualdad jurídica de las partes.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **revoca** el auto objeto de la apelación, y en cambio **resuelve:**

La Nación debe prestar la caución exigida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 879 del Código Judicial, para responder de los perjuicios que se puedan causar con motivo de la oposición contra la acción posesoria del actor.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Hernando García Pachón, Ofl. Mayor.

EXCEPCIONES

1.—Aunque el decreto de nombramiento de un empleado público es el punto de partida de sus distintas obligaciones, el hecho de no haberse comprobado no da lugar a una excepción en juicio si aparece que tomó posesión del cargo el empleado y lo ejerció. Tal ha sido la jurisprudencia de la Sala, la cual se funda en el artículo 252 del C. de R. P. y M. — 2.—Los autos de fenecimiento definitivo prestan mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 1059 del C. J. El hecho de que la Contraloría General de la República tenga la facultad de revisar en cualquier tiempo los autos de fenecimiento en que deduce responsabilidad de manejo, no significa que esos autos no lleguen a adquirir en ninguna época la firmeza necesaria para que se pueda proceder a hacerlos efectivos. 3.—Los Jueces de Ejecuciones Fiscales están investidos de jurisdicción para el cobro ejecutivo de los créditos a favor de la Nación, en virtud de los artículos 407 del Código Fiscal, 4º y 5º de la Ley 56 de 1914 y el Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, octubre quince de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado)

La Contraloría General de la República feneció las cuentas de la Administración de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo relativas a los meses de abril, mayo y junio de 1932, con alcance de $ 799.26 a cargo del responsable señor Honorio Fuentes, por auto número 2227 del 4 de julio de 1933, el cual fue notificado en la forma legal y se encuentra ejecutoriado en virtud de providencia de la misma entidad de fecha 15 de diciembre del mismo año.

El doctor Faustino Camacho prestó fianza personal para responder del cargo de manejo que debía desempeñar el citado señor Fuentes.

Con base en el referido auto de fenecimiento y en la fianza mencionada, el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Honorio Fuentes, como deudor principal, y del señor Faustino Camacho R., en su carácter de fiador del primero, por la suma de $ 799.26, más sus accesorios.

El auto ejecutivo fue notificado a cada uno de los ejecutados. La diligencia de notificación fue repetida por orden del Juez Ejecutor, porque el funcionario comisionado para el efecto, no había tomado juramento sobre la declaración de bienes de los ejecutados.

Por auto del 25 de marzo de 1935, el Juzgado citado reformó el mandamiento de pago, en el sentido de excluír de él al señor Faustino Camacho R., pues éste alegó que no estaba obligado al pago de la suma que se exigía ejecutivamente.

En providencia del 23 de abril del mismo año, se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el señor Fuentes contra el auto ejecutivo. Dicho señor presentó en tiempo un memorial de excepciones, y al respectivo incidente se le ha dado en esta Superioridad la tramitación legal, por lo cual procede a decidirlo, previas estas apreciaciones:

Excepciones propuestas

El excepcionante propone las siguientes excepciones: insuficiencia del instrumento ejecutivo; falsedad del instrumento ejecutivo; nulidad del mismo; compensación; incompetencia de jurisdicción.

Primera excepción. — Insuficiencia del instrumento ejecutivo.—Tal excepción es alegada en los siguientes términos:

"Se apoya esta excepción en que no aparece por ninguna parte del juicio ejecutivo, la fecha o copia de mi nombramiento de Administrador de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo, como lo manda el art. 2503 del Código Civil, pues sin este requisito, no cabe juicio ejecutivo; con esta sola excepción, al tenerse en cuenta sería suficiente para declarar nulo el prenombrado juicio".

La ausencia de la fecha o de la copia del nombramiento de Administrador de Hacienda Nacional de Santa Rosa de Viterbo, no es hecho que pueda considerarse como exceptivo de la obligación del ejecutado. Si bien es cierto que el dicho nombramiento es el punto de partida de las distintas obligaciones que corren a cargo del responsable, basta que éste, de hecho y en efecto, ejercite su cargo para que el funcionario competente pueda deducirle responsabilidad civil en el desempeño de sus funciones. Tal ha sido, como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil, la jurisprudencia de esta Sala, la cual tiene su fundamento en el artículo 252 del Código de Régimen Político y Municipal.

El artículo 2503 del C. C. en manera alguna establece un requisito esencial para la efectividad de los créditos a favor del Tesoro Nacional provenientes de alcances deducidos a los empleados de manejo. Tal artículo hace referencia a la prelación de créditos y no a formalidades de los juicios de cuentas.

Segunda excepción.—Falsedad del instrumento ejecutivo.—El excepcionante se expresa así: "Fundo esta excepción en los hechos esenciales de no prestar mérito ejecutivo el fenecimiento expedido por la Contraloría de fecha 4 de julio de 1933, marcado con el número 2227, por cuanto a que no se me han fenecido mis cuentas en la Contraloría General de la República, según **aviso de observaciones** número 1024, de 12 de mayo último de 1934, como quiera que, no guardan relación con la verdad de los hechos, por lo público y notorio de todas las autoridades de la República, que esas cantidades de dinero se invirtieron en la forma ya indicada, por orden terminante de los distintos Ministerios, Contraloría y remesas a empleados superiores como lo demostraré en otra excepción, y, el restante haberlo entregado al señor Mario de J. Granados, lo mismo que el sobrante de especies venales; luego yo nada debo en relación con la suma por la cual me hallo ejecutado".

Esta excepción se funda en hechos que el ejecutado se olvidó de probar en el curso del juicio. Por carecer, pues, de los elementos probatorios necesarios, tal medio de defensa no puede prosperar.

Tercera excepción.—Nulidad del instrumento ejecutivo.—El ejecutado se expresa en esta forma: "Esta excepción tiene por fundamento legal, el hecho cardinal de no prestar mérito ejecutivo según disposiciones claras y terminantes de los artículos 982 y siguientes del Código Judicial, en relación con el artículo 46 de la Ley 40 de 1907, y demás disposiciones legales que rigen la materia; está plenamente demostrado y probado con el **aviso de observaciones** Nº **1024**, arriba anotado, que todavía no se me han fenecido mis cuentas en la Contraloría, y sin embargo se me ejecuta por otro fenecimiento expedido por la misma Contraloría, por la misma cantidad anotada. Con esta sola excepción si se tiene en cuenta, es suficiente para echar por tierra el prenombrado juicio ejecutivo".

Sobre el mérito ejecutivo que presta el auto de fenecimiento que sirve de base a esta ejecución, se observa que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1059 del Código Judicial —ordinal 1º— prestan mérito ejecutivo, "Los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales".

El alcance de que se trata es líquido por no estar sujeto a deducciones indeterminadas y es definitivo porque, por el respectivo auto que se encuentra ejecutoriado, se puso término a un juicio de cuentas.

Sobre la excepción cuyo contenido se acaba de trascribir, conviene reproducir el siguiente concepto que hace valer el señor Procurador Delegado en lo Civil, y que la Sala acoge por considerarlo jurídico:

"El hecho de que la Contraloría General de la República, de acuerdo con las disposiciones legales de la institución, tenga la facultad de revisar en cualquier tiempo los autos de fenecimiento en que deduce responsabilidades de manejo, cuando se presentan por los interesados nuevas probanzas suficientes para desvirtuar cargos anteriores, o por la sola iniciativa propia de la misma institución, no significa que los autos de aquella naturaleza no lleguen a adquirir en ninguna época la firmeza necesaria para que se pueda proceder a hacerlos efectivos; ni ello se deduce tampoco de que algunas de las cuentas mensuales de determinado manejo aún no se hallen fenecidas, porque siendo las cuentas de cada mes independientes para los efectos de su examen y fenecimiento, éstos pueden realizarse en forma definitiva con relación a las de una parte del manejo de que se trata, aun cuando se hallen pendientes otros meses del mismo manejo y a pesar de que aquellas pro-

videncias, por tratarse precisamente de juicios de cuentas, cuyas conclusiones pueden alterarse por el cambio imprevisto de sus factores fundamentales, no adquieran en ningún tiempo la misma fuerza de cosa juzgada de las sentencias que ponen término a los juicios de otra índole. Si ello no fuera así, jamás podrían deducirse alcances definitivos a empleados de manejo que estuviesen todavía en el desempeño de su cargo, y nunca tampoco podría hacerse efectivo por las vías legales uno de estos alcances, conclusiones una y otra cuya sola enunciación está proclamando su carencia de base razonable".

Cuarta excepción.—Pago. — Sostiene el ejecutado: "Apoyo esta excepción en el hecho cierto y evidente de haber pagado a empleados públicos, abril, mayo y tres días del mes de junio de 1932, como tengo demostrado y probado, con la presentación en la Contraloría General de la República, las nóminas y demás documentos que acreditan mis aseveraciones".

Esta excepción carece de toda prueba en el expediente y por lo mismo está destinada a no prosperar.

Quinta excepción—La de compensación, que el ejecutado hace consistir: "Reconoce esta excepción como fundamento los hechos relacionados en el punto anterior, toda vez que la deuda que por vía de hipótesis saliera a deber a la Nación, queda compensada por el pago que hice a empleados de este Distrito Judicial, remesas de dinero a empleados superiores y dinero entregado a mi sucesor, señor Granados como pruebo con mis cuentas remitidas a la Contraloría General; esta sola excepción basta para dar por terminado el presente juicio ejecutivo, con costas a cargo del ejecutante de conformidad con el artículo 575 del C. J."

Esta excepción como la anterior no tiene fundamento en hechos que siquiera se haya intentado probarlos; por consiguiente ha de correr la misma suerte de la anterior.

Sexta excepción. — Incompetencia de jurisdicción. — Dice el excepcionante: "No es competente el señor Juez 1º de Ejecuciones Fiscales para librar auto ejecutivo, por las siguientes razones: a) No se me han fenecido mis cuentas definitivamente de abril, mayo y tres de junio de 1932 por la Contraloría General de la República, según aviso de Observaciones número 1,024 de 12 de mayo de 1934 que contesté en meses pasados; es decir, ejecución antes de tiempo, de modo indebido por no estar fenecidas de manera definitiva, antes de tiempo. b) Porque el señor Juez, para dictar auto ejecutivo contra el infrascrito peticionario, no tuvo en cuenta sino el fenecimiento marcado con el número 2227, expedido por la Contraloría General de la República, sin prever que existiera el fenecimiento número 1024 de 12 de mayo de 1934, que desvirtúa completamente el primero. c) Por el fenecimiento número 26 de 11 de enero último, expedido, por el Contralor General, que transcribo en una foja útil, demuestro claramente que, por valor de especies venales, quedo según el inventario adjunto, eximido de cuatrocientos pesos, moneda legal. d) Por fenecimiento número 2227 quedo también eximido del pago de la suma de ciento setenta pesos, por haber remitido con oficio número 3 de 4 de julio del año próximo pasado, estampillas por valor de $ 0.43".

"Para demostrar clara y terminantemente que estoy a paz y salvo con el Tesoro Nacional, adjunto al presente, en cinco fojas útiles, sendas copias del estado de mis cuentas a contar del 1º de abril al 3 de junio de 1932, para que se tengan en cuenta, en mis excepciones y se resuelvan de conformidad, lo que así pido muy respetuosamente....."

La excepción alegada en los apartes que acaban de transcribirse también carece de fundamento:

I—Los Jueces de Ejecuciones Fiscales están investidos de jurisdicción para el cobro ejecutivo de los créditos a favor de la Nación, en virtud de las siguientes disposiciones legales: artículo 407 del Código Fiscal, artículos 4º y 5º de la Ley 56 de 1914; y el Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936.

II—Por otra parte para que los hechos que cree el ejecutado le libran de la ejecución, pudieran tenerse en cuenta, debieron ser debidamente probados en el término correspondiente y por los medios que la ley establece. Las copias que se acompañaron al memorial de excepciones no tienen valor probatorio alguno, pues además de no haberse aducido en legal forma, ellas no están autorizadas por ningún funcionario.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado en el presente juicio. En consecuencia se ordena seguir adelante la ejecución.

Con costas a cargo del excepcionante.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

DOCUMENTO PUBLICO

Cuando en la creación del documento interviene un funcionario público ejercitando un acto que le está atribuído por la ley o el reglamento, el documento adquiere la categoría de público, no importa que esté destinado a dar fe de un contrato entre la administración y un particular.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales —Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta).

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Ante el Tribunal Superior de Bogotá, propuso el señor Roberto Fernández demanda de lanzamiento contra el departamento de Cundinamarca, por haber expirado el término del contrato de arrendamiento de la casa número 14-88 de la carrera 13 de esta ciudad, que en junio de 1938 celebró con el departamento, y no haberle éste restituído el inmueble oportunamente.

El Tribunal, en auto del 25 de junio último, que está sometido ante la Corte al recurso de apelación, declaró inadmisible la demanda.

Dijo que no habiendo presentado el demandante el documento original, conforme lo exige el artículo 648 del C. Judicial, faltaba la prueba del contrato, de rigor en estos casos.

El señor Procurador Delegado en lo Civil está de acuerdo con la razón del tribunal, y por eso pide a la Corte la confirmación del auto.

Para resolver se considera:

La Corte no está de acuerdo en que el auto apelado es legal. Al contrario, quebrantó nociones expresas de derecho probatorio.

El señor Fernández dio en arrendamiento una casa al departamento de Cundinamarca. El respectivo contrato lo suscribió el director de educación pública del departamento, en su carácter de tal, y según expresa, debidamente autorizado por el señor Gobernador. El demandante no presentó el contrato original, pero sí la copia de él expedida por el director de educación pública que lo celebró.

Tanto el documento, si se hubiera presentado original, como la copia traída con la demanda son instrumentos **públicos o auténticos** al tenor de los artículos 1758 del C. Civil y 632 del Código Judicial.

De manera que cuando en la creación del documento interviene un funcionario público ejercitando un acto que le está atribuído por la ley o el reglamento, el documento adquiere la categoría de público, no importa que esté destinado a dar fe de un contrato entre la administración y un particular.

Tal la copia exhibida con la demanda. Da fe de la existencia en los archivos de la gobernación de Cundinamarca, de un contrato de arrendamiento de una casa, celebrado por el director de educación pública debidamente autorizado por el gobernador. El contrato está celebrado así por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones. De igual origen es la copia. Y además está expedida formalmente por el empleado bajo cuya responsabilidad está actualmente la guarda del original. Luego se cumplen las exigencias de las dos disposiciones civiles citadas arriba.

El Tribunal, pues, incidió en error rechazando el valor demostrativo de la copia del contrato de arrendamiento en que la demanda se fundó.

Por lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto apelado de fecha 25 de junio del corriente año, y en su lugar ordena que se le dé curso a la demanda de Roberto Fernández.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

REPRESENTANTE DE LOS DEPARTAMENTOS EN EL CAMPO CONTRACTUAL. — REQUISITOS PARA LIBRAR EJECUCION

1. El órgano natural para actuar en el campo contractual, en cuanto se refiere a los Departamentos, es el Gobernador, como se deduce de los artículos 59 del Acto Legislativo número 3 de 1910 y 127 de la Ley 4ª de 1913. Así, pues, cuando se pretende hacer efectiva una obligación por la vía ejecutiva a cargo de un Departamento, es apenas natural que lo primero que debe averiguarse es si aquella aparece contraída o aprobada por quien es el ejecutor nato de las atribuciones legales que se refieren a la administración departamental, esto es, el gobernador. 2. Para librar ejecución se requiere, según mandato de la ley procesal, que la obligación materia de la demanda sea expresa, *clara* y exigible. La claridad de la obligación debe estar no sólo en la forma exterior del documento respectivo, sino, más que todo, en su contenido jurídico de fondo. Pero como la obligación es un ente complejo, que abarca varios y distintos elementos: objeto, sujeto activo, sujeto pasivo, acción, la claridad de ella ha de comprender todos sus elementos constitutivos. Tampoco debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 982 del C. J. para que un acto o documento preste mérito ejecutivo debe constituír *por sí solo* plena prueba de la obligación respectiva.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en auto de fecha 19 de abril del año en curso, no accedió a dictar el mandamiento de pago que contra el departamento de Nariño impetra el señor Clemente del Mónaco, en su calidad de beneficiario de once letras de cambio, que por la suma total de $ 9,850.00 fueron aceptadas por el gerente de rentas del referido departamento.

El demandante interpuso apelación contra aquella providencia, por lo cual el expediente llegó a la Corte para la tramitación y fallo del recurso. Cumplidos ya todos los trámites de rigor, la Sala pasa en seguida a resolver la apelación.

La demanda

Pídese en la demanda que "se dicte orden ejecutiva de pago contra el Departamento de Nariño, entidad de Derecho Público, representado para los efectos del juicio por el Fiscal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, para que en el acto de la notificación y requerimiento pague al demandante señor Clemente del Mónaco, los siguientes valores:

"Nueve mil ochocientos cincuenta pesos ($ 9850.00, m. c.), valor nominal de los instrumentos que sirven de recaudo ejecutivo y presentados con la demanda; más los intereses de mora a la rata del ocho por ciento (8%) desde el vencimiento de cada instrumento hasta el pago total; y más los gastos de cobranza causados hasta la fecha y aquellos que se causaren en lo sucesivo".

El señor del Mónaco funda la acción ejecutiva en los siguientes hechos:

a) El 5 de septiembre de 1939, la gerencia de rentas del departamento de Nariño, aceptó las referidas once letras de cambio, todas las cuales están vencidas.

b) Los instrumentos en cuestión ascienden en total a la cantidad de $ 9,850 m. c.

c) No obstante el vencimiento de las letras, y las exigencias para su cancelación hechas por el demandante, el pago no se ha efectuado respecto de ninguno de dichos instrumentos, encontrándose por lo tanto el departamento en mora de pagar.

d) Los aludidos instrumentos de cambio, debidamente aceptados y vencidos, constituyen prueba plena de las obligaciones ejecutivamente exigibles de la entidad demandada; y

e) Tanto la gobernación del departamento como la secretaría de hacienda del mismo han intervenido en este negocio, ofreciendo el pago y pidiendo plazo de gracia, como consta de los telegramas y comunicaciones presentados junto con el libelo de demanda.

Los fundamentos del auto recurrido

Las pretensiones del actor fueron rechazadas por el tribunal como consecuencia de las siguientes consideraciones:

"En el presente caso se trata de un contrato de carácter privado celebrado con una entidad pública, aspecto por el cual deben observarse las reglas de carácter civil, en las cuales la personería sustantiva para obligar y ejercer derechos, comprometiendo al departamento, radica solamente en el Gobernador.

"La gerencia de rentas puede, como órgano subalterno de la Gobernación, estar facultada para verificar contratos y obligar al departamento, en determinadas circunstancias; pero ello debe estar fijado en las ordenanzas y decretos reglamentarios; ordenanzas y decretos que debieron traerse como prueba, debidamente autenticados para apreciar si puede o no el señor Gerente de Rentas comprometer y obligar al departamento, ya que la Corte Suprema de Justicia en su doctrina número 67 del tomo 46, **Gaceta Judicial** número 1939 establece que corresponde a las partes traer al debate las ordenanzas y decretos cuando se discuten y aprecian derechos que emanan de ellos.

"No siendo el gerente el representante del departamento en las operaciones civiles, se desprende lógicamente que la personería sustantiva de la parte ejecutada flaquea por este aspecto; no es legítima, tal como aparece de las letras referidas.

"Pueda que el señor gerente de rentas haya estado facultado para aceptarlas, pero esa facultad también debe aparecer plenamente acreditada, para así llenar los requisitos del juicio ejecutivo".

La opinión del Procurador

El señor Procurador Delegado en lo Civil, después de exponer y analizar detenidamente los requisitos establecidos por la ley procesal para que pueda librarse el mandamiento ejecutivo, llega a la conclusión de que en el caso de autos no hay claridad de fondo respecto del sujeto pasivo de la obligación. En consecuencia dicho funcionario pide a la Corte la confirmación del auto materia de la apelación.

Motivos de la Corte

Al instaurar el señor del Mónaco la acción ejecutiva contra el departamento de Nariño, parte del supuesto de que el funcionario que aceptó las letras base de la ejecución hízolo representando legítimamente la entidad demandada. Esta misma tesis es la que se sostiene y reafirma por el actor en sus alegaciones ante la Corte.

Pero en concepto de la Sala la actuación de aquel funcionario no pudo en manera alguna comprometer al departamento de Nariño, lo que necesariamente lleva a sostener que dicha entidad no tiene por qué responder en juicio ejecutivo de la obligación por que se le demanda.

En efecto, de acuerdo con claros preceptos constitucionales y legales, el órgano natural para actuar en el campo contractual, en lo que dice relación a los departamentos, es el gobernador. El artículo 59 del Acto legislativo número 3 de 1910 expresa que es función constitucional del gobernador dirigir la acción administrativa del departamento. Es decir, que es la persona encargada de velar por los intereses departamentales, representándolo en todas aquellas gestiones que haga necesarias, la cumplida administración de tales intereses. Y el numeral 3º del citado canon constitucional, con miras a facilitar la actuación del gobernador, le confiere la representación del departamento no sólo en lo político sino también en lo administrativo.

La Ley 4ª de 1913, en su artículo 127, numerales 3º y 4º, le asigna al gobernador las mismas funciones detalladas en el precepto constitucional a que se ha hecho referencia.

De tal suerte que cuando se pretende hacer efectiva una obligación por la vía ejecutiva a cargo de un departamento, es apenas natural que lo primero que debe averiguarse es si aquélla aparece contraída o aprobada por quien es el ejecutor nato de las atribuciones legales que dicen relación a la administración departamental, esto es, el gobernador.

En el caso de autos las letras de cambio en que se basa la acción ejecutiva no aparecen aceptadas por el gobernador sino por el gerente de rentas del departamento de Nariño. Por consiguiente, el cumplimiento de la respectiva obligación no puede en manera alguna demandarse

de la entidad ejecutada, a menos que se demuestre plenamente que la aceptación de las letras se efectuó en virtud de delegación o autorización del gobernador conferida al gerente de las rentas con antelación a dicho acto.

De los documentos presentados por el actor para impetrar el mandamiento de pago no aparece la plena prueba de que el aceptante de las letras hubiera intervenido en virtud de órdenes del ejecutivo departamental. En consecuencia, está por acreditar que los instrumentos de cambio base de la ejecución emanen de la persona que se pretende obligada. En tales circunstancias no se cumplen en su integridad los requisitos que de modo perentorio exige el artículo 982 del Código Judicial para que se pueda dictar el mandamiento de pago. A este respecto el señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene con todo acierto lo siguiente:

"Para librar ejecución se requiere, según mandato de la ley procesal, que la obligación materia de la demanda sea expresa, clara y exigible.

"La claridad de la obligación debe estar no sólo en la forma exterior del documento respectivo, sino, más que todo, en su contenido jurídico de fondo.

"Pero la obligación es un ente complejo, que abarca varios y distintos elementos: objeto, sujeto activo, sujeto pasivo, acción.

"Y la claridad de ella ha de comprender todos sus elementos constitutivos.

"En la obligación sobre que versa la demanda no hay claridad de fondo respecto de uno de sus elementos: el sujeto pasivo.

"Y no la hay porque no es incontrovertible que la llamada Gerencia de Rentas, aceptante de las letras, pueda obligar ilimitadamente con sus actos al Departamento de Nariño.

"Es indispensable que venga un fallo declarativo a decidir si en el caso que se tiene a la vista el Departamento quedó civilmente obligado con la aceptación de las letras por la Gerencia de Rentas".

Por otra parte, no debe perderse de vista que de conformidad con el citado artículo 982 del Código Judicial, para que un acto o documento preste mérito ejecutivo debe constituír por sí solo plena prueba de la obligación respectiva. De tal manera que si se impone la necesidad de recurrir a otros elementos de convicción para reparar la deficiencia probatoria del documento principal, entonces la acción se desvía hacia un campo absolutamente extraño al juicio ejecutivo.

En el caso de autos el demandante ha presentado algunos documentos de origen oficial con el ánimo de acreditar que el departamento de Nariño sí intervino en la aceptación de las letras de cambio y que por lo mismo dicha entidad es responsable de las obligaciones en ellas consignadas. Pero en concepto de la Sala semejante cuestión probatoria sólo puede resultar procedente en un juicio controvertido y declarativo, desde que los documentos exhibidos — unos telegramas de la gobernación de Nariño — son comunicaciones informales cuya eficacia probatoria es precisamente lo que hay que establecer.

De ahí que no pueda acogerse la tesis sustentada por el apoderado del demandante, según la cual por tratarse de instrumentos negociables el tribunal no podía hacer otra cosa que dictar el mandamiento de pago sin "anticiparse a la defensa de la parte ejecutada o demandada, pues eso de poner en tela de juicio la legitimidad sustantiva de dicha parte, constituye una excepción que ella y sólo ella podría proponer".

En realidad de verdad el tribunal apenas se limitó a llevar hasta sus últimas consecuencias jurídicas las exigencias perentorias del citado artículo 982, exigencias que no tienen por qué dejar de cumplirse si el documento base de la demanda ejecutiva es un intrumento negociable. Sea cual fuere el carácter del documento que se aduzca como fundamento de la acción ejecutiva, la obligación en él contenida debe ser — por expresa disposición de la ley procesal — nítida, deslumbradora, expresa y actualmente exigible.

Cabe agregar a lo hasta aquí expuesto que esta misma Sala ha sentado la siguiente doctrina en relación con el problema jurídico que se ha venido estudiando:

"Si como se ha dicho antes, el Gobernador es el ejecutor nato de las atribuciones legales que dicen relación a la Administración Departamental, puede aseverarse que a él incumbe ejecutar los actos tendientes a esa Administración, la que debe estar inspirada en las leyes y las ordenanzas y dentro de sus límites. Esto, que es evidente para todos los actos de derecho privado que lleva a efecto el Gobernador en la dirección de la cosa públi-

ca, se patentiza más cuando se trata de la celebración de contratos que previamente hayan autorizado las leyes o las ordenanzas, porque entonces el Gobernador comprometerá a la autoridad departamental que representa cuando obre dentro del radio de sus atribuciones. Siendo cierto que el Gobernador es el ejecutor y representante del Departamento, al delegar él parte de sus atribuciones a otras personas, lo natural sería que hiciera constar dicha delegación en forma clara y expresa, cosa que no resulta de los documentos que se presentaron con la demanda, y que son los únicos que ahora se pueden tener en cuenta". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, número 1897, mayo 31 de 1935).

Por último la Sala advierte que el demandante incurre en notoria confusión de conceptos cuando dice en su alegato ante la Corte que "los departamentos comparecen en juicio como demandantes o como demandados, representados por el Fiscal del respectivo Tribunal Superior. En el caso de autos, la demanda se dirigió contra el departamento de Nariño representado por el Fiscal y en consecuencia la personería del demandado es legítima. Demandar al departamento representado por el Gerente de Rentas, sí hubiera sido defectuoso e improcedente, porque el gerente carece de personería".

La anterior alegación del demandante resulta absolutamente improcedente, ya que no se trata de decidir en este recurso si el departamento de Nariño está bien o mal representado en el juicio ejecutivo promovido por el señor del Mónaco. Lo único que se encuentra **sub judice** es si las letras base de la ejecución emanan o no de la persona que se pretende obligada.

En resumen, puede sostenerse con base en lo anteriormente expuesto, que no aparece plenamente acreditado que las letras de cambio presentadas como fundamento de la demanda ejecutiva provengan del departamento demandado, asistido por su legítimo representante, lo que impone como consecuencia necesaria la confirmación del auto que ha sido materia de esta apelación.

Recurso contra el auto de 6 de junio

Por lo que hace a la apelación interpuesta por el apoderado del señor del Mónaco contra el auto del Tribunal de fecha 6 de junio del año en curso, que negó transitoriamente la solicitud de desglose de las once letras base de la ejecución y de varios documentos presentados con la demanda, apelación que se tramitó simultáneamente con la del auto del 19 de abril, la Sala estima que las razones que sirven de fundamento a la providencia primeramente citada son estrictamente legales, ya que el tribunal había perdido la jurisdicción para decretar el referido desglose. A esta conclusión se llega con la sola lectura de las disposiciones de los artículos 147 y 501 del Código Judicial. En consecuencia, el citado auto del 6 de junio también debe ser confirmado.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, CONFIRMA en todas sus partes los dos autos que han sido materia de este recurso, o sean el de fecha 19 de abril del año en curso en virtud del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto negó el mandamiento ejecutivo solicitado por el señor Clemente del Mónaco en contra del departamento de Nariño, y el de fecha 6 de junio, también del presente año, que negó transitoriamente la solicitud de desglose de varios documentos presentados por el demandante.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Juan A. Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

CAUCION DE SANEAMIENTO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

En el ejecutivo seguido por José Luis Molina M. contra el Departamento de Antioquia, el Tribunal Superior de Medellín dictó el auto de fecha 31 de julio de 1939, por el cual se decretó el embargo de la cantidad de nueve mil pesos en dinero de propiedad del citado Departamento, que esta entidad tiene en el Banco Alemán Antioqueño de Medellín, según se ha denunciado. Dispúsose en el mismo proveído oficiar al señor Gerente de dicho Banco para que hiciese la retención del caso.

Negada la reposición de esa providencia, se otorgó el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto. Tramitado en debida forma, procede resolverlo.

Díjose en el auto que resolvió la reposición: "En el auto reclamado se decretó el embargo de la cantidad de $ 9,000.00 en dinero de propiedad del Departamento ejecutado, que tal entidad tiene en el Banco Alemán Antioqueño de esta ciudad.

"Como fundamento de la reposición solicitada alude el señor Fiscal a las circunstancias, que él considera ajenas a la voluntad del Departamento, que han impedido a éste el cumplimiento de las diligencias de que trata el artículo 1017 del C. Judicial para establecer que efectivamente los bienes que ha presentado para el pago de la deuda que se le está cobrando son suficientes para ese propósito, y, en tal virtud, alega la falta de "culpa del ejecutado" y considera injurídico que se haga recaer sobre él las consecuencias de una demora que no puede imputársele.

"Argumenta así ese funcionario, porque considera que el Departamento deudor otorgó caución de saneamiento. Esta caución, según la doctrina del artículo 1016 del C. Judicial, tiene por objeto impedir que se embarguen otros bienes del ejecutado distintos de los denunciados por éste, y responsable de que esos bienes son propios del deudor y suficientes para el pago de la deuda y las costas.

"Pero desde luego se observa que esa caución no se ha otorgado. La ofreció el deudor en dos ocasiones: a) Al notificársele el mandamiento de pago, y b) En el memorial del 3 de octubre de 1938. Pero no se ha constituído legalmente.

"En la primera oferta aun depositó los títulos de las acciones con que quiso caucionar, pero no sólo no se ha declarado legalmente que esa caución fue dada, sino que, por el contrario, se dispuso el avalúo de las acciones presentadas con tal fin para calificar su suficiencia —auto del 23 de septiembre de 1938—, avalúo que hasta ahora no se ha hecho, por lo cual aún no se ha perfeccionado, ni se ha hecho al Gerente de la entidad respectiva la comunicación del caso para la formalización del traspaso en garantía. Y en cuanto a la segunda oferta de caución, la del memorial del 3 de octubre, no se ha extendido la diligencia del caso decretada en el auto del 5 de este mes, en que se admitió la oferta, ni se han cumplido los demás requisitos para el perfeccionamiento de la caución, por lo cual tampoco puede considerarse como otorgada. Las solas ofertas, como es obvio, ni constituyen caución, ni generan los efectos de ésta. Estas circunstancias, pues, serían suficientes para no acceder a la reposición solicitada, pues el Departamento la funda en una situación jurídica que aún no tiene, como se deja estudiado".

Lo que se deja transcrito está contradicho por lo que pasa a verse, constatado en el juicio.

En escrito presentado el tres de octubre de 1938, el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín dijo lo siguiente: "Como de acuerdo con disposiciones vigentes, después de admitida la primera tercería, el ejecutante recobra el derecho de denunciar más bienes del ejecutado, a menos que la caución otorgada cubra los créditos que se persiguen o que el ejecutado mejore la caución (subrayo), he considerado oportuno mejorar la caución prendaria constituída por el Departamento cuando este Ministerio fue notificado del mandamiento de pago, con mil accio-

nes del Banco Agrícola Hipotecario, de propiedad del Departamento de Antioquia, las cuales representan un valor de cien mil pesos m. c. ($ 100,000).

"Esta caución respalda superabundantemente la cuantía de la "primera tercería" introducida por el actor, y las que puedan presentarse en el curso del juicio.

"Para acreditar el valor del título que ofrezco en garantía, acompaño un certificado del señor Gerente del Banco Agrícola de esta ciudad".

Al pie aparece la siguiente constancia: "Presentado el 3 de octubre de 1938 junto con el título número 002 por mil acciones de cien pesos cada una del Banco Agrícola Hipotecario.—Gartner".

A ese escrito recayó el auto de cinco de octubre de 1938 que dice: "Se admite la anterior caución ofrecida en el memorial precedente por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior. Como del certificado acompañado del señor Gerente del Banco Agrícola Hipotecario, aparece que el título ofrecido cubre suficientemente los créditos que se persiguen, no es el caso de decretar el embargo solicitado por el doctor José Luis Molina M. en su memorial de veintiocho de septiembre próximo pasado. — Extiéndase la correspondiente diligencia".

Es, pues, incuestionable que la caución de saneamiento fue ofrecida por el Agente del Ministerio Público y aceptada por el Tribunal. Tratándose, como se trata, de una caución prendaria, quedó perfeccionada con la entrega del título y la aceptación ya dicha. Como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, "si algo faltara sería cuando mucho la comunicación del Tribunal al Banco, dándole cuenta de la constitución de la prenda, lo que en rigor no era esencial para la perfección del acto jurídico. Pero, en todo caso, era esta una función propia del Tribunal, cuyo incumplimiento no puede redundar en perjuicio de la parte ejecutada".

Cabe la misma observación respecto a la diligencia de que se habla en el auto transcrito de 5 de octubre de 1938. El hecho de no haberse extendido esa diligencia no es imputable al ejecutado, y, por otra parte, no le quita eficacia a la caución prendaria, la cual se perfeccionó, como se deja dicho, con la entrega real que se hizo de la cosa dada en prenda y la aceptación del Tribunal.

Lo expuesto permite concluír que incurrió en error el Tribunal al expresar el concepto rotundo de que la caución de saneamiento no se ha otorgado.

Y como lo dice el señor Procurador, "ante esta conclusión obligada, fuerza es volver a la situación que se creó por auto de 18 de febrero de 1939 (fl. 12 v.), el cual negó el embargo de los bienes denunciados por el ejecutante por cuanto la caución de saneamiento, aceptada y constituída, es más que suficiente para responder, llegado el caso, de la deuda principal, las tercerías y los accesorios de una y otras, lo cual aparece a la siemple vista".

No debe olvidarse que esta caución, según los términos del inciso 2º del artículo 1016 del Código Judicial, tiene por objeto impedir que se embarguen otros bienes del ejecutado distintos de los denunciados por éste y responder de que estos bienes son propios del deudor y suficientes para el pago de la deuda y las costas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, revoca el auto apelado, y en su lugar resuelve: no hay lugar a decretar el embargo de la cantidad de nueve mil pesos que el Departamento de Antioquia tiene en el Banco Alemán Antioqueño de Medellín, al que se hará saber esta determinación para los fines legales consiguientes.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V.—Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

LIQUIDACION DE PERJUICIOS — A QUIEN CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA EN ESTOS INCIDENTES — DICTAMEN SOBRE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

1. El artículo 480 del C. J. prevé tres eventos: primero, que haya bases en el juicio para fijar la cantidad líquida que haya de pagar la parte vencida por frutos, intereses o daños; segundo, que las bases probatorias sean insuficientes para determinar la cantidad líquida, y tercero, que los elementos probatorios tampoco den asidero para determinar las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación. En el primer caso la sentencia contendrá la liquidación; en el segundo, las bases necesarias para practicarla en el incidente posterior de ejecución del fallo, y en el tercero, la sentencia tendrá que limitarse a formular una condenación abstracta, de manera que en el expresado incidente el campo de investigación probatoria para hallar los perjuicios es aún mayor, dado que careciéndose de bases incontrovertibles señaladas previamente por el sentenciador, hay que establecerlas en el incidente. — 2. En principio, la carga de la prueba en el incidente de ejecución del fallo que ha condenado a pagar perjuicios, corresponde indudablemente a la parte a cuyo favor se ha hecho la condenación, es decir, la demandante. En el juicio ordinario, sobre ella pesaba tal carga probatoria y en él estaba obligada a demostrar no sólo que se le habían causado perjuicios, si de éstos se trataba, sino también a poner al juez en capacidad de tasarlos. La circunstancia de que sobrevenga una condenación en abstracto, o más o menos indeterminada en cuanto a las bases de la liquidación, no desplaza la carga de la prueba del demandante al demandado, en lo concerniente a probar lo que se dejó de probar en el juicio ordinario, por cuya falta no se hizo posible formular una condena más concreta. El principio de que *onus probandi incumbit actori* permanece inalterable. La condena no hace surgir sino las presunciones que se derivan de la propia condenación. Así, hecha la condena a pagar en abstracto perjuicios, deberá partirse de la base de que ellos se causaron. Mas la cuantía, eso sí ya no es materia de presunción favorable al actor. Si éste se limita a esperar que los elementos sobre que debe descansar su liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando en el solo efecto probatorio de sus afirmaciones desprovistas de respaldo, puede suceder que imposibilitado el juzgador para hallar elementos suficientes destinados a comprobar numéricamente los perjuicios, éstos no puedan justipreciarse y en tal caso el camino indicado sería, no podría ser otro, que la total liberación del demandado. Y es claro, aunque la sentencia acredite que se causaron perjuicios, sólo el que los recibió está en capacidad de decir cuáles fueron ellos y en qué los funda. Dos hechos fundamentales sobre los cuales se hace imposible precisar numéricamente el daño: su enumeración y el respaldo probatorio de ella. — 3. Si un avalúo pericial en un incidente sobre liquidación de perjuicios no está en alguna de sus partes debidamente fundamentado, el juez queda en libertad de rechazar las conclusiones inmotivadas y de acudir a otras pruebas en busca de la verdad. La fundamentación de un dictamen tiene significación tanto en relación con la realidad de los hechos acreditados en el juicio, como con las apreciaciones abstractas y generales de donde se deduzcan los conceptos concretos. De esta suerte la eficacia de un avalúo depende de la interpretación más o menos exacta que los expertos le hayan dado a las situaciones probadas en el expediente y al contenido realista de los conceptos que lo respalden.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 2 de mayo de 1938 decidió en sentencia definitiva de segunda instancia, el juicio ordinario que Gregorio Jaramillo promovió contra el Departamento de Boyacá, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, sobre cumplimiento de un contrato y otras prestaciones, de la manera siguiente:

"Primero.—Revócase la sentencia de primera instancia, de fecha diez de marzo de mil novecientos treinta y seis, de que se ha hecho mérito, menos en lo referente a costas.

"Segundo. — El demandante Gregorio Jaramillo cumplió el contrato celebrado el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres con el Departamento de Boyacá, mientras dicho contrato estuvo vigente.

"Tercero.—El Departamento de Boyacá, por medio de sus agentes, infringió el contrato de que se ha hecho mención en este fallo. En consecuencia, por ser civilmente responsable de los perjuicios causados a partir desde el día en que se puso en vigencia el contrato de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro, celebrado con Luis E. Buitrago B., se le condena al pago de ellos hasta el día en que el contrato ajustado con el demandante se declaró caducado (5 de octubre de 1934). Estos perjuicios se fijarán en forma legal (artículo 553 del Código Judicial), teniéndose en cuenta los causados con los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño, respecto a los lugares a que esos contratos se refirieron.

"Cuarto.—Se absuelve al Departamento demandado de los demás cargos formulados en la demanda.

"Quinto.—Sin costas en esta instancia".

Vuelto el negocio al Tribunal de Tunja, el demandante señor Jaramillo, para darle cumplimiento al fallo y de acuerdo con lo previsto en el artículo 553 del C. Judicial, presentó un escrito en el que especifica los perjuicios que se le causaron y formula la respectiva liquidación, cuyo monto asciende a la cantidad de $ 686,-863.78 más los intereses legales sobre esta suma desde el 24 de enero de 1934. Esta es la cantidad por la cual pide el demandante que se condene al Departamento.

Corrido el traslado de la liquidación al apoderado del departamento, éste la objetó, por lo cual el incidente se abrió a pruebas por el término de quince días durante los cuales las partes allegaron al proceso las que estimaron oportunas. Entre esas pruebas el departamento hizo practicar un dictamen pericial sobre los perjuicios que en realidad y de acuerdo con los términos limitados de la sentencia sufriera el demandante, dictamen que hace bajar tales perjuicios a la cantidad de $ 9,977.15.

Este dictamen fue acogido por el Tribunal y de acuerdo con él fijó en la cantidad mencionada los perjuicios irrogados a Jaramillo. La resolución que tal cosa dispuso está fechada el tres de junio del año próximo pasado. Ella le pone fin al incidente de liquidación, pero como fue apelada por la parte demandante tiene ahora que ser revisada por la Corte, con el objeto de determinar su legalidad.

— A —

Alcance de la sentencia de la Corte

El Tribunal en el proveído apelado interpretó fiel y exactamente el alcance de la sentencia de la Corte. Entiende el Tribunal que el numeral **tercero** de la parte resolutiva del fallo en ejecución, limitó el monto de los perjuicios a los causados con los contratos celebrados con los señores Buitrago, Gutiérrez y Riaño, únicamente y respecto de los lugares a que esos contratos se refirieron, y como dichos contratos no dicen relación sino a los municipios de Tunja y El Cocuy, son éstos y nada más que éstos los perjuicios que se trata de liquidar.

El concepto anterior apenas traduce el espíritu y los términos de la sentencia en ejecución, de diafanidad tal que la extensión mayor que a ese fallo pretenda dársele aparece a simple vista manifiestamente arbitraria.

En efecto. La Corte negó la petición tercera de la demanda en que se solicitaba se condenara al departamento, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1546 del C. Civil al cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. En cabio decretó la acción subsidiaria; para ello dijo lo siguiente:

'Pero se pide en la acción subsidiaria que se condene al Departamento a pagar al demandante los perjuicios que le haya causado con las infracciones hechas al contrato. Esta acción sí puede prosperar, por la razón de que, aun cuando es cierto que demandándose el cumplimiento de la obligación no se pueden pedir a la vez los perjuicios por incumplimiento,

también es verdad que, aunque las acciones sean contrarias, propuesta una de ellas en forma condicional o subsidiaria, puede ser objeto de declaración, "siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles", al tenor del numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial.

"Dicha acción subsidiaria es una consecuencia de la solicitud primera de la demanda, sobre declaración de que el Departamento demandado infringió el contrato y faltó a sus obligaciones. Por esto precisa ver ahora si hubo esa violación por parte del demandado.

"Antes de decretar la caducidad, el gobierno celebró los siguientes contratos, los cuales fueron invocados como hechos de la demanda:

"a) El 25 de enero de 1934 (fs. 10 v. a 13 del C. 1º), uno con Luis E. Buitrago B., autorizando a éste para establecer una fábrica, similar a la autorizada a Jaramillo, en el municipio de El Cocuy. Buitrago se obligó a pagar un impuesto mínimo de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, o de mil pesos ($ 1,000.00) mensuales, según el caso, y a efectuar una producción mínima de cuarenta mil litros mensuales.

"b) El 10 de abril de 1934 (fs. 8 v. a 10 del C. 1º), otro con Jorge Gutiérrez para instalar una fábrica similar en Tunja, obligándose el contratista a pagar un impuesto mínimo de mil quinientos pesos ($ 1,500.00) mensuales y a una producción mínima de sesenta y cinco mil litros entre chicha y guarapo, por mes.

"c) Otro con Eduardo Riaño el 24 de julio de 1934 (fs. 5 a 8 del C. 1º) para instalar y montar una fábrica en la ciudad de Tunja, "para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, chicha y guarapo"; y en la cláusula quinta se impuso un impuesto mínimo de ochocientos pesos para el primer mes, y de mil pesos en los siguientes, sobre una producción mínima de cuarenta mil litros entre chicha y guarapo, en el primer mes, y de cincuenta mil en los restantes. (En el contrato con Jaramillo se estipuló una cantidad de tres mil ochocientos cincuenta pesos ($ 3,850.00).

"Con entera claridad salta a la vista el perjuicio causado a Jaramillo con los contratos enunciados, pues mientras los concesionarios últimos se obligaban a pagar el impuesto mínimo con grandes ventajas para ellos, aquél tenía que responder siempre por grandes sumas, iguales a los producidos mensuales más elevados que en los municipios de la concesión se habían obtenido en los últimos años.

. . . . . .

. . . . . .

'Es, pues, indudable que el Departamento demandado violó el contrato al conceder otros permisos para el monto e instalación de otras fábricas, permisos que se concedieron de conformidad con contratos ya vistos, para municipios en que el demandante tenía establecidas sus fábricas.

"Atendiendo a lo expuesto, prospera la petición primera y la subsidiaria, y debe condenarse al departamento en los perjuicios que se solicitan en esta última acción. Pero para hacer la condenación de los que se causaron no se tiene una base fija, por lo que ello sólo puede hacerse **in genere**, desde la fecha del contrato celebrado con Luis E. Buitrago B. (25 de enero de 1934) hasta el día en que el ajustado con Jaramillo se declaró caducado) (5 de octubre del mismo año).

"No puede declararse una condenación en especie porque, aunque es cierto que existe un dictamen pericial realizado conforme a la ley y en el que se fija en una suma determinada el valor de los perjuicios, es evidente que en dicho dictamen quedaron involucrados algunos que emanan de hechos que constituyen violación del contrato, y que en realidad están probados en su mayor parte en el proceso, pero que, por no haber sido enunciados como puntos básicos de la demanda, no pueden ser estimados para una declaración específica de condenación en esta sentencia. Por consiguiente, los perjuicios serán los que resulten de una determinación de los causados en los lugares a que se contrajeron los contratos celebrados con Buitrago, Gutiérrez y Riaño".

La Corte fue, pues, explícita en el sentido de no condenar sino a los perjuicios que resultaran de una determinación de los causados "EN LOS LUGARES"—es preciso subrayar la expresión — a que se contrajeron los contratos celebrados con Buitrago, Gutiérrez y Riaño. Este concepto nítido de la parte motiva, lo reafirmó en la resolutiva, pues no otra cosa quiso significar cuando dijo en la condenación tercera: "Estos perjuicios se fijarán en forma legal, teniéndose en cuenta los causados con los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño, respecto a los lugares a que esos contratos se refirieron".

— B —

Perjuicios liquidados por el demandante

El demandante en su memorial contentivo de la liquidación, interpreta la sentencia de otro modo, diciendo que la expresión subrayada sólo quiere decir que los perjuicios causados por los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño son parte integrante de los generales y totales procedentes de la infracción del contrato.

Con ese criterio formula la liquidación, incluyendo en consecuencia los perjuicios que el demandante cree se le causaron en todos los municipios donde según el contrato pudo establecer y montar fábricas de fermentadas.

Así, por daño emergente deduce la cantidad de $ 13,250.00 correspondiente al avalúo que los peritos señores Benavides Guerrero, Mesa Prieto y Luis Aníbal Ruiz, le dan al capital invertido por el señor Jaramillo en la instalación de su negocio en el departamento; a lo cual suma la cantidad de $ 3,784.12 por concepto de arrendamiento de locales tomados en Tunja, Guateque, El Cocuy, Soatá y Paipa, para ser ocupados con enseres destinados a la elaboración de las fermentadas.

Por lucro cesante deduce un saldo de $ 686,863.78, representativo de utilidades que dejó de obtener tanto en los municipios en que explotó el negocio, como en aquellos que, debiendo habérsele entregado, según el contrato, no se le entregaron.

De consiguiente la liquidación formulada es inaceptable, porque extralimita los términos precisos del fallo. Ni como base de discusión puede tomarse, aun en lo tocante a los perjuicios causados en los municipios de Tunja y El Cocuy, por cuanto las respectivas liquidaciones reposan sobre otras bases también falsas.

Para seguir el criterio que inspira su liquidación, recalca mucho el demandante acerca de un concepto expresado en la parte motiva del fallo en ejecución, consistente en qué "el contrato constituye una sola y única entidad, aunque se refiera a un mismo permiso concedido para varios municipios". De aquí deduce el demandante que la unidad del contrato proclamada por el sentenciador implica la unidad de los perjuicios causados en todos los municipios a que el contrato se refería, desde luego que la violación por parte del departamento hiere el conjunto del contrato en toda su extensión.

Empero, hay que tener en cuenta con qué motivo hizo el fallo tal declaración. Estudiaba la petición tercera de la demanda, relativa al cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, que fue negada. Y se refería especialmente al alcance de la resolución número 16 de fecha 16 de octubre de 1934, proferida por el Gobernador de Boyacá, por medio de la cual restringió los efectos de otra anterior que había dictado en que declaró caducado administrativamente el contrato de fermentadas con el señor Jaramillo; la restricción versó sobre que la caducidad que se había decretado se refería únicamente a lo concerniente a la fábrica prevista por el contrato en Tunja, respecto de la cual Jaramillo había infringido el contrato dejando de pagar las cuotas a que estaba obligado por las fábricas establecidas en esa ciudad. Pensó la Corte, basada en la pregonada unidad del contrato, que la segunda resolución del Gobernador, limitando los efectos de la caducidad, carecía de valor pues entrañaba cuando menos una modificación del contrato, verificada con el consentimiento de la contraparte, en el sentido de que la gobernación no podía considerar que el contrato dividía la convención en tantas cuantos eran los municipios en ella previstos.

Más la Corte al examinar la acción subsidiaria del demandante entendió que el concepto acerca de la unidad del contrato, no se oponía a que el departamento respondiese de los perjuicios que a cada municipio hubiera causado el señor Jaramillo, por infracciones locales del mismo. Y bajo le influencia de esta idea, formuló la condenación correspondiente, limitando los perjuicios indemnizables a los causados por los contratos celebrados con Buitrago, Gutiérrez y Riaño, y respecto a Tunja y El Cocuy, donde esos contratos tuvieron efecto.

— C —

La carga de la prueba en el incidente de liquidación

Antes de pasar adelante, conviene hacer unas breves consideraciones sobre el tópico que se deja expresado, con el fin de aclarar algunos conceptos y fijar ideas que son necesarias en la labor de concretar los perjuicios liquidables.

Según el artículo 480 del C. Judicial, cuando haya de hacerse en una sentencia condena de frutos, intereses, daños o per-

juicios, se fija su importe en cantidad líquida, o se establecen, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia.

El artículo prevé, pues, tres eventos: primero, que haya bases en el juicio para fijar la cantidad líquida que haya de pagar la parte vencida por frutos, intereses o daños; segundo, que las bases probatorias sean insuficientes para determinar la cantidad líquida; y tercero, que los elementos probatorios tampoco den asidero ni para determinar las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación.

En el primer caso la sentencia contendrá la liquidación; en el segundo las bases necesarias para practicarla en el incidente posterior de ejecución del fallo; y en el tercero, la sentencia tendrá que limitarse a formular una condenación abstracta, de manera que en el expresado incidente el campo de investigación probatoria para hallar los perjuicios es aun mayor, dado que careciéndose de bases incontrovertibles señaladas previamente por el sentenciador, hay que establecerlas en el incidente.

Es obvio que el examen y fijación de los perjuicios o daños causados será tanto más difícil cuanto menos concretas y detalladas sean las bases dadas en la sentencia que se trata de ejecutar. En cambio, la liquidación se simplificará grandemente estando de antemano concretamente señalados los diversos factores que en ella deben intervenir.

Pero a qué parte corresponde, en el incidente de ejecución del fallo, suministrar la prueba de los factores que la sentencia no contenga y que sean necesarios y conducentes a obtener una liquidación equitativa?

En principio, indudablemente a la parte a cuyo favor se haya hecho la condenación, es decir, la demandante. En el juicio ordinario sobre ella pesaba tal carga probatoria. En ese juicio ella estaba obligada a demostrar no sólo que se le habían causado perjuicios, si de éstos se trataba, sino también a poner al juez en capacidad de tasarlos. Pues bien, la circunstancia de que sobrevenga una condenación en abstracto, o más o menos indeterminada en cuanto a las bases de liquidación, no desplaza la carga de la prueba del demandante al demandado, en lo concerniente a probar lo que se dejó de probar en el juicio ordinario, por cuya falta no se hizo posible formular una condena más concreta. El principio de que **onus probandi incumbit actori** permanece inalterable. La condena no hace surgir sino las presunciones que se derivan de la propia condenación. Así, hecha la condena a pagar en abstracto perjuicios, deberá partirse de la base de que ellos se causaron. Mas la cuantía, eso sí ya no es materia de presunción favorable al actor. Si éste se limita a esperar que los elementos sobre que debe descansar su liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando en el solo efecto probatorio de sus afirmaciones desprovistas de respaldo,puede suceder que imposibilitado el juzgador para hallar elementos suficientes destinados a comprobar numéricamente los perjuicios, éstos no puedan justipreciarse y en tal caso el camino indicado sería, no podría ser otro, que la total liberación del demandado. Y es claro. Aunque la sentencia acredite que se causaron perjuicios, sólo el que los recibió está en capacidad de decir cuáles fueron ellos y en qué los funda. Dos hechos fundamentales sin los cuales hácese imposible precisar numéricamente el daño: su enumeración y el respaldo probatorio de ella.

Se hace la anterior aclaración de principios a propósito de la actitud que el demandante Jaramillo asumió en el incidente de ejecución de la sentencia. Del conjunto de sus alegaciones tanto ante el tribunal como ante la Corte, parece que él pensara que la liquidación que presentó en cumplimiento del artículo 553 del C. Judicial se presume verdadera mientras el departamento no la desvirtúe. Cuando lo que sucede es que esa liquidación será admisible en tanto esté de acuerdo con la realidad probatoria del expediente. De manera que en cuanto a los perjuicios afirmados por Jaramillo, pero no demostrados, o en desacuerdo con las naturales bases de la liquidación, sería injusto reconocerlos.

La sentencia en ejecución es concreta en cuanto al tiempo que las indemnizaciones deben comprender: del 25 de enero de 1934 al 5 de octubre del mismo año. También lo es lo tocante a los municipios en que se causaron los daños: Tunja y El Cocuy. Fuera de esas dos, la sentencia no indica más bases.

El demandante se aparta en la liquidación de estas dos bases. Con la sola liquidación formulada por el demandante,

el resultado sería declarar que no hay perjuicios concretos a qué condenar.

El departamento hizo practicar un dictamen pericial para establecer la cuantía de los daños. Los peritos avalúan éstos en $ 9,977.15, teniendo en cuenta las dos mencionadas bases de la sentencia.

Empero, el demandante Jaramillo que no hizo practicar ningún dictamen pericial al respecto ataca integralmente el que hizo practicar el departamento, como si con su desaparición ganara su causa, ya que eliminado ese factor probatorio que contiene apreciaciones muy importantes, volveríase a la situación del juicio ordinario, en que la Corte no pudo por falta de elementos, especialmente el pericial, precisar los perjuicios causados y por ello remitió a las partes a debatir el punto en el presente incidente.

Para desestimar el dictamen pericial producido en el juicio ordinario la Corte dijo:

"No puede declararse una condenación en especie, porque aunque es cierto que existe un dictamen pericial realizado conforme a la ley y en el que se fija en una suma determinada el valor de los perjuicios, es evidente que en dicho dictamen quedaron involucrados algunos que emanan de hechos que constituyen violación del contrato y que en realidad están probados en su mayor parte en el proceso, pero que, por no haber sido enunciados como puntos básicos de la demanda, no pueden ser estimados para una declaración específica de condenación en esta sentencia. Por consiguiente los perjuicios serán los que resulten de una determinación de los causados en los lugares a que se contrajeron los contratos celebrados con Buitrago, Gutiérrez y Riaño".

Sin embargo es sobre el dictamen desestimado por la Corte en que apoya principalmente Jaramillo su liquidación de perjuicios. Y pretende que no se le dé mérito ninguno al que hizo practicar el departamento, en el actual incidente.

Las objeciones que el demandante le hace al expresado dictamen pericial son unas de fondo y otras de forma. Las primeras se examinarán en el capítulo respectivo sobre la determinación de los perjuicios. Y las segundas van a calificarse.

Consisten en que por ausencia de uno de los peritos principales, después de haber rendido el dictamen, el tribunal procedió a nombrarle reemplazo a efecto de que se diera una aclaración del dictamen sobre puntos propuestos por la parte demandante, quien al pedirla expresamente manifestó que no era su propósito objetarlo para que se abriera articulación según las normas de procedimiento. En el memorial en que esto manifestó impugna la totalidad de las conclusiones de los expertos por razones de fondo. Pero antes de terminar solicitó determinadas aclaraciones, las cuales fueron absueltas por el perito que ya había actuado y por él designado en reemplazo del ausente.

En primer lugar cabe anotar que el auto por medio del cual se le designó reemplazo al perito ausente está ejecutoriado. Contra esta providencia nada reclamó el demandante; es ley del proceso contra la cual hoy éste no puede rebelarse.

En segundo lugar, desde que el dictamen no fue objetado por las causales que prevé la ley, no obstante el traslado ritual, y fue rendido sobre todos los puntos que exigió la parte que lo pidió, obliga a tenerlo como elemento probatorio, tanto más cuanto las aclaraciones que luégo se pidieron por parte del demandante son relativas al fondo de las conclusiones de los peritos Granados Motta y Mendoza Neira, enderezadas a obtener conclusiones opuestas. Más bien que aclaraciones son impugnaciones a las apreciaciones de los peritos mencionados, lo cual por lo tanto no le quita al experticio su valor formal. Que esté edificado sobre bases falsas o deduzca conclusiones contrarias a la verdad procesal, eso ya no es circunstancia que sirva para eliminar el dictamen sin examinarlo, sino materia propia de la crítica a que tiene que ser sometido cuando se trate de medir su eficacia probatoria.

— D —

Liquidación de perjuicios.

No por razón de que el dictamen pericial de los señores Granados Motta y Mendoza Neira sea uniforme en sus apreciaciones y conclusiones, la Corte está obligada a admitirlo sin examen; pues aun cuando es verdad que versa sobre un avalúo, el artículo 721 del C. Judicial también enseña que los dictámenes periciales de esa naturaleza obligan al juzgador únicamente cuando los encuentra **debidamente fundamentados.**

Así pues si un avalúo pericial no está en alguna de sus partes debidamente fundamentado el juez queda en libertad de rechazar las conclusiones inmotivadas y de acudir a otras pruebas en busca de la verdad. La fundamentación de un dictamen tiene significado tanto en relación

con la realidad de los hechos acreditados en el juicio, como con las apreciaciones abstractas y generales de donde se deduzcan los conceptos concretos. De esta suerte la eficacia de un avalúo depende de la interpretación más o menos exacta que los expertos le hayan dado a las situaciones probadas en el expediente y al contenido realista de los conceptos que lo respalden.

Con este criterio, que es el jurídico, la Sala procede a examinar el dictamen pericial rendido en el incidente, para aceptar los avalúos que estén **debidamente fundamentados**, y repudiar los que no estén. El expresado dictamen es la única base general y concreta con que cuenta la Sala para orientarse en la determinación de los daños. El efectuado en el juicio ordinario por los peritos Benavides Guerrero, Ruiz y Mesa Prieto, estando orientado en un sentido opuesto a las conclusiones del fallo, es inadecuado en lo general como elemento de convicción.

— E —

Daño emergente causado en Tunja

Para avaluar el daño emergente en la fábrica de Tunja, los peritos toman por base la diligencia de inventarios y avalúos que aparece al folio 33 y siguientes del libro segundo del expediente.

Dicha diligencia fue practicada a petición del señor Jaramillo, por el juez 3º de Tunja en asocio de los peritos designados por las partes, señores Fortunato Bernal Ibáñez y Carlos Espinosa González, en la cual, según lo acepta Jaramillo "quedó judicialmente establecido la bondad y calidad en general de dicha fábrica; quedó hecha la descripción de la misma, las características especiales y condiciones higiénicas en que se producen los fermentados y quedó fijado el avalúo comercial de todos y cada uno de sus componentes".

El avalúo según la misma diligencia aceptada con toda razón por los peritos, ascendió a la suma de $ 4.328.52. El dictamen de los doctores Mendoza y Granados también acepta esta suma, pues para ellos 'los precios fijados en este inventario se ajustan a la realidad y con la declaración expresa del demandante sirven de base fundamental para establecer y fijar de manera real y justa el valor del daño emergente que sufrió el contratista señor Jaramillo en su fábrica de Tunja".

Empero no obstante la observación evidente de los peritos, el avalúo arriba indicado lo castigan en un porcientaje considerable, por demérito en los muebles, materias primas y productos elaborados.

Este demérito carece de razón, porque el avalúo que los peritos toman por base fue practicado en mayo de 1934, es decir cuando ya había sobrevenido el hecho que en Tunja embarazó el negocio del señor Jaramillo y que la Corte en la sentencia consideró como violatorio del contrato. El avalúo no se refería pues a una época anterior al acaecimiento de los daños, sino precisamente a la época en que éstos se causaron. Además, era natural que desplazado del negocio, Jaramillo abandonara la fábrica con lo cual ésta se perdió.

Por lo tanto para la Corte el daño emergente representado en la fábrica de Tunja es el de $ 4.328.52, sin deducción alguna.

El daño emergente representado por la pérdida de $ 1.500 m. c., valor de créditos a favor del demandante, no se puede computar por las razones que a continuación exponen los peritos, acordes con la realidad legal:

"En el expediente figuran como pruebas aportadas por el demandante señor Gregorio Jaramillo unas declaraciones rendidas por los señores Germán Pinilla, Nicolás Vásquez, Manuel Pardo y Julio Molano (folios 92 a 95 del cuaderno 2º). En estas declaraciones se hace constar que al suspender el contratante señor Jaramillo la venta de sus productos en la ciudad de Tunja el día 1º de mayo de 1934, algunos industriales de la localidad que ejercían el negocio de revendedores de chicha y de guarapo le quedaron debiendo la suma de **un mil quinientos pesos m/l.** ($ 1.500.00 m/l.) suma que no es posible tomar en cuenta para la liquidación del daño emergente por las siguientes razones:

"a) En el contrato firmado por el señor Gregorio Jaramillo con el Departamento de Boyacá el día 11 de noviembre de 1933 no encontramos que en ninguna de sus cláusulas se autorice al contratista para hacer ventas a crédito bajo la responsabilidad del Departamento. Por lo tanto esta era una contingencia que sólo podía correr personalmente el señor Jaramillo.

"b) Tampoco las declaraciones sobre el particular, dadas por los señores antes mencionados, serían prueba suficiente para comprobar este valor en el supuesto de que hubiera alguna responsabilidad para el Departamento, ya que la única que hubiera tenido un valor probatorio sería la presentación de los libros del contratis-

ta, debidamente registrados como ordena la Ley, y el reconocimiento de estas deudas por parte de los deudores".

— F —

Lucro cesante en la fábrica de Tunja

Los peritos conceptúan que el lucro cesante en la fábrica de Tunja vale $ 1.548.76.

Para obtener esta conclusión hacen un cálculo muy acertado en sentir de la Corte.

Teniendo como elementos de información los datos suministrados por el administrador general de rentas de Boyacá en su nota número 2.983 de 11 de octubre de 1938, pero más especialmente los precios fijados por los peritos Bernal Ibáñez y Espinosa González en la diligencia de inspección ocular y avalúo de que se hizo ya mérito, el nuevo dictamen adopta los precios de seis centavos y dos centavos como costo de producción de cada litro de chicha y guarapo, respectivamente, determinado por aquéllos.

A estos precios los peritos Mendoza y Granados agregan como es natural el valor del impuesto que hubiera debido pagar el señor Jaramillo y a que estaba obligado, según el contrato. Lo cual da en definitiva como precio definitivo de costo de producción de cada litro de chicha la cantidad de ocho centavos ($ 0.08) y de cada litro de guarapo la suma de cuatro centavos ($ 0.04).

Basados los peritos en declaraciones que obran en el expediente armónicas con las informaciones personales que ellos obtuvieron, sostienen que los precios corrientes de venta para la chicha y el guarapo fueron de nueve centavos ($ 0.09) para la primera y cuatro centavos ($ 0.04) para el segundo.

Luégo agregan: "Está claramente demostrado que el precio de costo fijado en $ 0.06 cvs. para el litro de chicha y de $ 0.02 para el litro de guarapo, no comprende un costo adicional que representa un gasto extraordinario para el contratista señor Jaramillo y éste es la diferencia representada entre el valor efectivo del impuesto de consumo y la suma mínima que él se comprometió a pagar al Departamento, y que éste ha debido recibir, de acuerdo con la cláusula 5ª del contrato del 11 de noviembre de 1933. Así, para fijar la utilidad **neta** que el contratista debió haber obtenido, hay necesidad de cargar esa diferencia— que representa un gasto de su negocio— a fin de establecer la utilidad que él ha podido hacer. Dentro de este criterio, y haciendo resaltar que el consumo de chicha tuvo un aumento de consideración desde el momento que pasó el negocio a poder del señor Jorge H. Gutiérrez, aumento que beneficia al contratista demandante una vez que se le liquida una mayor utilidad, tanto sobre el número de litros vendidos como sobre el menor valor diferencial de los impuestos que ha debido cubrir, hemos formado el siguiente **Cuadro de liquidación** . . . . . ,"

. . . . . .

El procedimiento que los peritos emplean en la respectiva liquidación es acertado por lo siguiente:

1º Porque evidentemente no se puede prescindir del factor impuesto en la liquidación de las posibles utilidades que hubiera podido obtener Jaramillo, porque de haber continuado éste explotando el negocio sin competidores habría tenido que seguir pagando el impuesto previsto en el contrato. Ahora la única base cierta para saber qué hubiera podido pagar Jaramillo, es la constituída por las ventas que en Tunja hicieron quienes lo desplazaron en el negocio por obra de los nuevos contratos que celebró el Departamento y las cantidades que dichos competidores pagaron por impuestos. Otras bases resultan inciertas y arbitrarias. El dictamen se atiene a los dos expresados factores; por ello la conclusión correspondiente está **debidamente** fundamentada.

2º Es inadmisible la pretensión del demandante de que como el contrato con el Departamento le concedió a Jaramillo, según el concepto de la Corte una preferencia, él tenía completa libertad de fijar los precios de venta de sus licores, por cuya razón, obediente a esa idea, él fija en su liquidación una utilidad neta de ocho centavos ($ 0.08) por botella. Por haberse apartado los peritos de ese principio, fijando un precio de venta para la chicha y el guarapo, que no concuerda con el que hubiera fijado Jaramillo, libre de competencia en el negocio, el dictamen es inválido.

Contra tal raciocinio basta observar que está fuera de la realidad económica de todo negocio. Con la preferencia el demandante no podía imponer al público los precios de venta que el contratista quisiera. Esos precios tenían que surgir, no del capricho del productor, sino de la capacidad del consumidor en relación con el conjunto de circunstancias que contribuyen a fijar el precio de todo artículo. Jaramillo admite que los precios de ven-

ta que aceptan los peritos fueron los que más o menos él había señalado en su negocio, pero agrega que para los efectos de la liquidación esos precios no se pueden tener en cuenta (fl. 8 del C. Nº 11). Semejante distinción es arbitraria.

Por último, los mismos peritos se anticiparon a desvanecer la objeción del demandante, con la siguiente explicación contenida en el punto **segundo**, del capítulo "**Observaciones**", la cual en sentir de la Sala es concluyente y pesa más que las alegaciones de los apoderados de Jaramillo:

"Dentro de la misión encargada a los peritos no puede caber una apreciación que no tenga fundamentos ciertos y comprobados: de ahí que al calcular las posibles utilidades del contratista, hayamos aceptado como precios de venta para el litro de chicha y de guarapo los precios de $ 0.09 y de $ 0.04 respectivamente, **que son los que aparecen comprobados en el expediente como precios de venta.** Los cálculos de posibles utilidades de $ 0.08 por litro, hechos por el contratista demandante del Departamento, no podrían ser posibles sino dentro de precios de venta de $ 0.16 para la chicha y de $ 0.14 para el litro de guarapo, precios estos que no fijó y que no hubiera podido fijar el contratista, aun a pesar de tener un derecho exclusivo para la fabricación de las bebidas fermentadas. Si por circunstancias más leves que la que representaría una elevación de los precios de los fermentados, tuvo el contratista que afrontar la huelga o boycoteo del Cocuy, si hubiera elevado los precios de venta en las poblaciones a que se refería el contrato, no solamente se hubiera restringido poderosamente el consumo de los productos de sus fábricas y se hubiera desarrollado en la misma proporción el contrabando, sino que los pueblos se habrían sublevado y el boycoteo habría sido general".

El dictamen pericial aumenta el lucro cesante debido en Tunja con la partida de $ 1.418.49 por concepto de intereses liquidados sobre los saldos debidos. Esta partida sufre modificación, como consecuencia de haber aumentado el saldo por daño emergente. El interés correspondiente a la partida de daño emergente debe liquidarse no sobre $ 2.977.52, sino sobre $ 4.328.52. Resulta así entonces que ese interés vale $ 1.388.73 en lugar de $ 955.27.

— G —

Daño emergente en la fábrica del Cocuy

Para determinar la única partida de este renglón los peritos dan la siguiente explicación:

"Ha sido más complejo para nosotros la fijación exacta del valor correspondiente al daño emergente en la fábrica de El Cocuy por la falta de elementos de juicio en el expediente.

"Para poder hacer un justiprecio real era indispensable una diligencia de Inventarios y Avalúos, o los Libros Registrados del contribuyente o su Declaración de Renta y Patrimonio, pero sólo encontramos un dato global que presta mérito probatorio y es el valor total del capital invertido por el contratista en mejoras, muebles y enseres, materias primas y productos elaborados en sus fábricas de Tunja, Santa Rosa, Belén, Cerinza, Paipa, Corrales, Guateque Soatá y El Cocuy, avaluado por los peritos en la suma de $ 13.250.00 (cuaderno Nº.. Folio Nº).

"El demandante señor Gregorio Jaramillo acepta como inversión total esta suma de **trece mil doscientos cincuenta pesos m. c.** ($ 13.250.00) en sus fábricas, y acepta también como la cuota de esta suma invertida en su fábrica de Tunja en **cuatro mil novecientos veintinueve pesos con 59/00** ($ 4.329.59). Por lo tanto queda un saldo de **ocho mil novecientos veintiun pesos con 41/00** ($ 8.921.41 m/l.) que representa lo invertido en las fábricas de Santa Rosa, Belén, Cerinza, Paipa, Corrales, Guateque, Soatá y El Cocuy.

"Aplicando el criterio más amplio posible, y sin tener en cuenta la categoría que ha debido tener cada una de estas fábricas en relación con el consumo de cada población —ya que El Cocuy ocupa el penúltimo lugar— hemos dividido a prorrata esta suma de **ocho mil novecientos veintiun pesos con 41/00 m/l.** ($ 8.921.41) entre las ocho fábricas, por considerar esta fórmula la más equitativa. Por lo tanto tenemos como base para establecer el **daño emergente** en El Cocuy un capital de **un mil ciento treinta y cinco pesos con 17/00 m/l.** ($ 1.135.17 m/l.)

"Como de las declaraciones que obran en el expediente rendidas por los señores Tancredo Velásquez y Manuel Ramírez, y que aparecen en el folio número 74 del cuaderno 2º, se saca en conclusión que el contratista señor Gregorio Jaramillo tenía el día 17 de enero en su fábrica de El Cocuy una existencia de 8.000 litros de

chicha y que la totalidad de este producto fue inutilizado por los huelguistas, aceptamos como real esta existencia con su precio de costo de seis centavos m/l. ($ 0.06 m/l.) por cada litro para distribuír la inversión de capital y establecer y fijar el daño emergente recibido por el contratista en su fábrica de El Cocuy.

"Así éste queda distribuído en la siguiente forma:

En productos elaborados .....$	480.00
En elementos, muebles y materias primas	655.17
Suma del capital invertido...$	1.135.17
Demeritamos en su totalidad el valor de los productos elaborados y consideramos dentro de una gran amplitud, que los demás elementos que componían la fábrica representan un valor de .....$	158.79
y fijamos el daño emergente en El Cocuy en .....$	956.38

novecientos cincuenta y seis pesos con 38/00".

Esta parte del dictamen también está muy bien fundada. Se observa sí que no se ve la razón para demeritar el renglón de productos elaborados, pues éstos, según los mismos peritos, se perdieron en su totalidad. Siendo así el daño emergente debe valer entonces $ 1.135.17.

— II —

Lucro cesante en la fábrica de El Cocuy

Los peritos explican:

"Lo fijamos tomando como base las informaciones que obran en el expediente y liquidando la misma utilidad de **un centavo m/l.** ($ 0.01) sobre cada litro consumido en esta población desde el día 15 de febrero de 1934, fecha en que empezó a trabajar el contratista señor Buitrago y el día 5 de octubre del mismo año, fecha en que fue caducado el contrato con el señor Gregorio Jaramillo.

"En el informe pasado por el Administrador General de Rentas del Departamento de Boyacá al señor Gobernador correspondiente al año de 1934 encontramos que el consumo en El Cocuy en el primer semestre de este año fue de 183.931 litros de chicha y de 136.006 del mismo producto en el segundo semestre. Prorrateadas estas cantidades entre el 15 de febrero, fecha en que empezó a funcionar la fábrica del señor Buitrago y el 5 de octubre de 1934, fecha de la caducidad del contrato, tenemos el siguiente

"CUADRO de Consumos en El Cocuy:

15.229 litros de chicha vendidos en el mes de febrero de 1934.
30.655 litros de chicha vendidos en el mes de marzo de 1934.
30.655 litros de chicha vendidos en el mes de abril de 1934.
30.655 litros de chicha vendidos en el mes de mayo de 1934.
30.655 litros de chicha vendidos en el mes de junio de 1934.
22.667 litros de chicha vendidos en el mes de julio de 1934.
22.667 litros de chicha vendidos en el mes de agosto de 1934.
22.667 litros de chicha vendidos en el mes de septiembre de 1934.
3.020 litros de chicha vendidos del 1º al 4 de octubre de 1934.

208.870. Total de litros vendidos, sobre los cuales liquidamos para formar el valor del lucro cesante una utilidad de un centavo m/l. ($ 0.01 m/l.) en cada litro que equivale a **dos mil ochenta y ocho pesos con setenta centavos moneda legal".**

Las bases que se proponen para determinar el valor de este perjuicio son las únicas a que da margen la situación probatoria del proceso.

Alégase que el hecho de que el perjuicio liquidado por lucro cesante en El Cocuy, municipio menos poblado y de menor movimiento que Tunja, sea superior al liquidado para Tunja, está acreditando que el perjuicio en esta población tiene que representar una suma mayor.

No se hace así un argumento contra la liquidación hecha para El Cocuy, sino que se toma esta liquidación, como argumento en contra de lo deducido para Tunja.

Empero, la circunstancia efectivamente paradojal de que los perjuicios en relación con Tunja sean inferiores, no depende de que las bases que en esta población se consideraron sean equivocadas, sino de la falta de datos referentes a El Cocuy, como sí los hubo más seguros con relación a Tunja. De manera que la objeción se vuelve más bien contra la exactitud del lucro cesante deducido para El Cocuy. Pero como el fallo fue consentido por el Departamento, la Sala carece de facultad para efectuar la rebaja.

El segundo renglón de este capítulo lo constituye en el dictamen pericial la cantidad de $ 957.10 por intereses devengados.

Esta partida también sufre una modi-

ficación como consecuencia de que el daño emergente no es ya la suma de $ 957.38, sino la de $ 1.135.17. El resultado es de $ 380.42 en vez de $ 317.77 por intereses del crédito por daño emergente.

Fallo:

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, fija el monto de los perjuicios que el Departamento de Boyacá debe pagar al demandante señor Gregorio Jaramillo, como cumplimiento de la sentencia dictada por esta misma Sala de fecha dos de mayo de mil novecientos treinta y ocho, en el juicio ordinario iniciado por dicho señor Jaramillo contra el Departamneto de Boyacá, en la suma de **once mil novecientos setenta y dos pesos con ochenta y cinco centavos** ($ 11.972.85) moneda legal.

En los anteriores términos queda **reformada** la providencia que ha sido materia de la apelación dictada por el tribunal superior del distrito judicial de Tunja el día tres de junio del año próximo pasado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

PRESCINDENCIA DE PRUEBAS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre diez y seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

En el juicio ordinario que el Colegio de San Simón de Ibagué adelanta contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, la parte demandante solicitó la práctica de una inspección ocular para que, con asistencia de los respectivos Magistrados y en asocio de peritos, se tomara nota de los siguientes hechos:

"a) Si los linderos de los terrenos de 'Chorrea-Manteca' corresponden en realidad a los que expresa la demanda presentada por el Colegio de San Simón de Ibagué;

"b) Si los documentos presentados como antecedentes sobre la propiedad y posesión de esos mismos terrenos en favor del Colegio de San Simón de Ibagué, corresponden efectivamente a los de que trata la misma demanda;

"c) En consecuencia, para que se establezca la identidad material de esos terrenos con los linderos de la demanda y los antecedentes mencionados en el punto anterior".

Decretada esa prueba, a petición del apoderado de terceros opositores a la acción incoada, el Tribunal ordenó que los peritos dictaminaran también sobre los siguientes puntos:

"a) Si es verdad que dentro de los linderos del terreno de 'Chorrea-Manteca', que trata el punto a) de dicha inspección se encuentran las mejoras de mi demandante y de otras personas, y que tales mejoras consisten en cultivos de pastos, sementeras de plátano, yuca, maíz, cacao y árboles frutales, casas, cercas, desmontes y rastrojeras".

"..... .....

"c) Que establecida la identidad de los terrenos de 'Chorrea-Manteca' con los linderos de que trata la demanda, se establezca igualmente la identidad de las mejoras que dentro de ellos poseen mis mandantes antes nombrados, conforme a lo que solicito en el punto a) de mi interrogatorio, determinándose los linderos de esas mejoras, la extensión aproximada de sus respectivos cultivos y si tales lotes son los mismos que mis poderdantes reclaman por medio de sus respectivas demandas de oposición en el juicio ordinario mencionado".

El mismo Tribunal accedió a la petición del representante de la Nación, el Fiscal respectivo, quien solicitó, en relación con la referida inspección ocular, que se practicara la siguiente prueba:

"Primero. Que con base en los linderos determinados en los títulos acompañados, se fije por los peritos nombrados, aproximadamente, ya que la mensura sobre el terreno parece difícil hoy por hoy, el número de hectáreas que comprenden los linderos especificados en la demanda.

"Segundo. Que los mismos peritos, si contestaren afirmativamente al cuestionario formulado en el punto b) del memorial de pruebas de fecha 22 de marzo de este año, manifiesten en qué se fundan para afirmar que los linderos del título de adjudicación e hipoteca, son los mismos a que se refiere la demanda.

"Tercero. Que los mismos peritos determinen el punto de formación del río Pontoná, lo mismo que el punto de nacimiento de las quebradas Pontoná y Pajaral.

"Otrosí. Que los mismos peritos determinen por sus nombres los fundos colindantes del terreno que por los linderos especificados en la demanda, reclama el Colegio de San Simón".

Sobre la forma como se practicó la inspección ocular se sentó una diligencia que obra al folio 13 del cuaderno número 29. Los peritos dieron su dictamen separadamente.

En tal estado el juicio, el apoderado de la parte demandante manifestó que en nombre de su representado prescindía de la prueba pericial y que se conformaba, por ahora, con la inspección ocular practicada.

El Tribunal de la causa, en auto del 15 de febrero del presente año, admitió la

manifestación de prescindencia, con salvamento de voto de uno de los Magistrados. Por apelación de este proveído, ha subido el negocio a esta Superioridad. Agotada la tramitación propia del recurso, se procede a decidirlo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al evacuar el traslado que se le corrió en el presente negocio, expresa el siguiente concepto que la Sala acoge con la salvedad que se verá adelante:

"Considera la Procuraduría:

"1o. Que habiéndose decretado la práctica de la inspección en asocio de peritos; habiendo quedado en firme la providencia que así la decretó, y habiéndose practicado la inspección con asistencia de los peritos nombrados por las partes, no puede ya venir a alterarse por una sola de éstas la integridad de la prueba practicada, porque ella pertenece al proceso, formando parte integrante de él.

"2o. Si se pidió durante el término de prueba la inspección ocular con peritos, no puede pedirse, una vez vencido dicho término, que sólo valga la inspección sin peritos, porque ello equivale a modificar el ser jurídico-procesal de una prueba fuera del término concedido a las partes para pedirlas.

"3o. Una vez rendido el dictamen de los peritos nombrados por las partes, ese dictamen pertenece al proceso, y no puede, por tanto, ponerse fuera de él por la sola voluntad de una parte".

Evidentemente la prueba de que se trata fue decretada, e igualmente cierto es que la providencia en que así consta se halla ejecutoriada, vale decir, es ley del proceso, y por lo mismo, inmodificable. Pero no se conforma con la verdad procesal la categórica afirmación de que fue practicada la inspección con asistencia de los peritos nombrados. No hay tal: la prueba pedida está comenzada, pero no se ha practicado por completo. Para convencerse de ello basta considerar que la prueba pericial aún no está terminada, pues no siendo uniforme el parecer de los peritos procede la intervención del tercero para que dirima la discordia. Y aún hecho esto, faltaría poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial, el que, en caso de ser objetado por alguna de las causales que se mencionan en el artículo 720 del Código Judicial, puede venir abajo si en la articulación correspondiente se declara fundada la objeción.

Para la Sala la prueba de reconocimiento judicial con intervención de peritos se considera practicada para el efecto de saber si se puede o no prescindir de ella, cuando ya se conoce el resultado de este medio de convicción, por la diligencia de vista ocular y por el dictamen uniforme de los auxiliares de la justicia. Mientras no haya "el examen y reconocimiento que para juzgar con más acierto hace el juez acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate", no existe la prueba de inspección ocular. Esto es tan obvio que no hay para qué insistir en ello. Si el dictamen no es uniforme, la prueba pericial no puede tenerse por concluída, puesto que es indispensable la intervención del perito tercero para los efectos atrás expresados.

Ahora, conocido el resultado de la diligencia, aunque no se hayan agotado los trámites para considerar en firme la expetricia, no puede ya el que pidió la prueba, sin la aquiescencia de la contraparte, prescindir de ella, pues con semejante conducta se faltaría a la lealtad en el debate, con notorio perjuicio para el adversario.

En el presente caso no se conoce aún el resultado de la prueba motivo de este recurso, y por lo mismo, dentro del orden de ideas expuesto, cabría prescindir de ese medio de convicción.

Pero con la manifestación del personero de la parte demandante el problema planteado es éste: solicitada la inspección ocular con intervención de peritos y decretada así la prueba en providencia que es ley del proceso, podrá el que la pidió prescindir del aditamento con que se solicitó el reconocimiento judicial, esto es, de la intervención de los peritos?

Para la Sala es evidente que mientras la prueba no se ha practicado puede el que la pidió prescindir de ella; pero encuentra inaceptable la pretensión de modificar una prueba ya decretada cuando se encuentra ejecutoriado el auto admisorio. Y más, tratándose, como se trata en el presente caso, de una prueba decretada dentro de los tres últimos días del término probatorio, lo que dio lugar a que la contraparte ejercitara el derecho que le reconoce el artículo 752, ibídem. Es indudable que esa parte contraria tiene interés en la prueba tal como fue pedida, a fin de que se practiquen las solicitadas a su turno sobre los mismos hechos. La prueba en las condiciones anotadas, no es cosa que interese exclusivamente al que

la pidió; interesa, por igual, a todos los contendientes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado y en su lugar resuelve: no puede tomarse en cuenta la manifestación de prescindencia del dictamen pericial hecha por la parte demandante por conducir esa manifestación a modificar una prueba decretada en auto que es ley del proceso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones, su causa más frecuente. La obligación es el género y el contrato la especie. Cuando el contrato genera obligaciones recíprocas se llama bilateral, calificativo que no cuadra a la obligación, la que como relación jurídica en virtud de la cual una parte tiene que dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra, presenta fisonomía unilateral. La ley habla de obligaciones condicionales, a término, alternativas, facultativas, de género, solidarias, divisibles e indivisibles, pero no de obligaciones bilaterales. En el tecnicismo jurídico se habla a veces de acto bilateral, para contraponer esta noción a la de acto unilateral, o sea aquel en que sólo interviene una parte. Así el testamento es un acto unilateral porque en él sólo interviene el testador, y el depósito es contrato unilateral porque en él sólo se obliga el depositario, y es acto bilateral porque en su formación hay acuerdo de voluntades.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

Aparicio Gil C., mayor y vecino de Tunja, en su condición de apoderado especial de Arcadio Martín, presentó demanda ante el Tribunal Superior de Tunja contra el Departamento de Boyacá, representado por el señor Fiscal de la Corporación, por la cantidad de setecientos setenta y cinco pesos moneda legal, más los perjuicios de la mora estimados a razón del 6 por 100 mensual.

Sirve de fundamento a la demanda ejecutiva la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, de fecha 3 de noviembre de 1936, confirmada por fallo del Consejo de Estado fechado el 10 de noviembre de 1938. Tales sentencias se encuentran ejecutoriadas y fueron acompañadas a la demanda en copia debidamente autenticada.

La parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, confirmada por el Supremo Administrativo, es del tenor siguiente:

"Por estas consideraciones, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja, impartiendo justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, falla:

"1o. Condénase al Departamento de Boyacá a pagar al señor Arcadio Martín, vecino del municipio de Guateque, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de setecientos setenta y cinco pesos moneda legal por la ocupación de hecho en los lotes de terrenos números 1º y 5º a que se refiere la demanda, ubicados en el Municipio de Guateque, ocupación efectuada con el paso de la carretera 'Olaya Herrera'.

"2o. Condénase al mismo Departamento a entregar convenientemente cercados los terrenos de propiedad del actor, en la parte que linda con la faja ocupada por la carretera; y

"3o. El demandante Arcadio Martín deberá otorgar al Departamento la escritura de propiedad de la zona ocupada por la carretera".

El Tribunal de la causa negó el mandamiento de pago solicitado, lo que hizo en auto de 31 de mayo del año en curso. Por apelación de esta providencia ha subido el negocio a esta Superioridad, en donde se ha dado al recurso la tramitación que le es propia. Procede, por tanto, poner término a la alzada con el fallo pertinente.

Para fundamentar su negativa el Tribunal ya dicho hace estas consideraciones: que la sentencia aducida como recaudo ejecutivo impone al demandante la obligación de otorgar al Departamento de Boyacá la escritura de propiedad de la zona ocupada por la carretera, obligación que no ha sido cumplida según la propia manifestación del señor Arcadio Martín, por imposibilidad para hacerlo; que estableciendo dicha sentencia obligaciones recíprocas, "ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mien-

tras el otro contratante no cumpla por su parte o se allane a cumplir", y que, en consecuencia, falta uno de los requisitos para que prospere la acción ejecutiva, cual es el de la exigibilidad actual de la obligación.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al referirse al auto del Tribunal objeto del recurso, expresa su parecer en los términos siguientes:

"Por medio de tal auto (el apelado) el Tribunal Superior se niega a librar mandamiento ejecutivo contra el Departamento de Boyacá, ejecución solicitada en virtud de una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Tunja en que se condenó a aquel Departamento al pago de una zona de terreno, ocupada indebidamente, más **otros perjuicios** que se relacionan.

"Si bien los razonamientos del Honorable Tribunal para negarse a lo solicitado tienen bastante apariencia de legalidad en virtud de preceptos tomados en su escueta literalidad, es lo cierto que el suscrito se aparta de la resolución recaída en el caso presente, basado principalmente en altas consideraciones de justicia y equidad.

"Es evidente que el principio general que informa nuestras ordenaciones jurídicas al respecto es el de que las obligaciones civiles **declaradas por sentencia** se hacen efectivas de modo semejante al de las nacidas de los contratos. Pero de ahí no resulta que sea cabalmente aplicable al caso de autos la cita traída por el Tribunal en la providencia objeto del recurso al expresar que 'cuando se trata de obligaciones bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora de cumplir lo pactado mientras el otro contratante no cumpla por su parte o se allane a cumplir' (fl. 13). Si se estudia el acto que sirve al demandante para pedir se libre el mandamiento ejecutivo — la sentencia del Tribunal Contencioso — se ve que las varias obligaciones que por él se asignan a parte y parte tienen **causa jurídica** diversa. Así, se obliga al Departamento de Boyacá a pagar una indemnización de setecientos setenta y cinco pesos ($ 775) por perjuicios ocasionados, que se descomponen así: $ 5.00 'valor de la zona ocupada por la carretera' (subraya el suscrito-; $ 50.00 'valor de porción inutilizada en el terreno'; $ 5.00 'valor de sementeras, árboles.....', etc.; $ 20.00 'valor de una casita de rafa y paja....', etc. (fl. 5). Además se condena al Departamento, como es de justicia, 'a entregar convenientemente cercados los terrenos de propiedad del actor, en la parte que linda con la faja ocupada por la carretera'. En cambio, a la parte demandante se impone una única obligación, que es la de 'otorgar al Departamento la escritura de propiedad de la zona ocupada por la carretera', medida ésta a la cual, desde luego, no se puede hacer reparo alguno.

"Así las cosas, es evidente que las obligaciones de una y de otra parte no son conmutativas, es decir, la obligación que tiene la parte actora de transferir la propiedad de una faja de terreno no tiene como causa la obligación de indemnizar **una serie de perjuicios** que se impone a la parte demandante. Se observa, pues, que la indemnización que corresponde **específicamente** como equivalente a la ocupación de la faja de terreno, es una **mínima parte** de la indemnización total que resulta de una pluralidad de perjuicios".

La Sala acoge por encontrarlo estrictamente jurídico el concepto transcrito del distinguido funcionario que representa ante la Corte los intereses de la parte demandada. Ya esta misma Sala en auto de 17 de junio de 1938, en un caso similar al que ahora se debate, dijo lo siguiente: "Las argumentaciones de los representantes del Departamento del Tolima sobre que el señor González no puede exigir ejecutivamente el cumplimiento de la obligación a cargo del Departamento porque no ha cumplido por su parte las prestaciones a que está obligado conforme a la sentencia, no tienen fundamento, porque la obligación que del punto tercero de la sentencia surge contra la entidad nombrada de pagar al ejecutante determinada suma dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, no está sujeta a condición alguna ni al evento de determinadas circunstancias, sino que es clara y actualmente exigible. Para el cumplimiento de las obligaciones que del fallo surgen contra el señor González y en favor del Departamento, éste tiene por su parte los medios legales para hacerlas efectivas, pero no puede sujetarse el derecho del expresado señor González al ejercicio de las acciones que corresponden al Departamento.

"La obligación que emana contra el Departamento del Tolima de la sentencia de la Corte, es una obligación de condena, a la cual no pueden aplicarse por analogía las disposiciones relativas a los contratos bilaterales. Si el Departamento con fundamento en la misma sentencia

tiene motivos para enervar la acción ejecutiva iniciada por el señor González, puede hacerlos valer en el incidente de excepciones, donde tiene amplísimo campo para la defensa de sus derechos".

La tinosa observación hecha por el distinguido representante del Ministerio Público, de que la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo fijó expresamente el plazo de seis días para el cumplimiento de la obligación impuesta al Departamento, de pagar la suma de la indemnización, y de que para el cumplimiento de la obligación impuesta al demandante, no fijó plazo alguno, es decisiva en el presente caso para sostener que sí se trata de una obligación actualmente exigible y que procede por tanto el mandamiento de pago solicitado por el actor.

En su alegato ante la Corte el personero del demandante sostiene que la condena hecha en el fallo que sirve de recaudo tiene dos causas diversas: la de reparar un perjuicio o daño causado, y la de pagar una suma a trueque del beneficio de haberse servido el Departamento de una zona cuyo dominio se propuso alcanzar mediante la ocupación de hecho. Que la sentencia en lo que mira al pago de perjuicios no está sujeta a modalidad alguna, y es una obligación que debe cumplir el departamento en el preciso término de seis días, como lo dispone el fallo aludido.

Considera la Sala:

Examinada la parte expositiva del fallo tantas veces citado se ve claramente que la obligación de pagar la suma de $ 775.00 moneda legal impuesta al Departamento de Boyacá, no tiene como única causa jurídica la ocupación de hecho de la zona de que se ha hablado. Hay también otros perjuicios provenientes de esa misma ocupación. Justo es, pues, que en lo que respecta al pago de la suma en que fue avaluada dicha zona, o sea la cantidad de $ 5.00, no se considera exigible la obligación mientras el demandado no cumpla la recíproca que le impone el fallo en el punto tercero arriba copiado. Pero en lo demás no cabe el mismo criterio, ya que no hay razón por qué estimarlo condicionado al otorgamiento de que se habla en ese punto 3º

En el auto apelado se habla de obligaciones bilaterales, lo cual deja ver que se han confundido los términos obligación y contrato. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos, de los delitos y de los cuasidelitos. Es, pues, el contrato una de las fuentes de las obligaciones, su causa más frecuente. La obligación es el género y el contrato la especie. Cuando el contrato genera obligaciones recíprocas, se llama bilateral, calificativo que no cuadra a la obligación, la que como relación jurídica en virtud de la cual una parte tiene que dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra, presenta fisonomía unilateral. La ley habla de obligaciones condicionales, a término, alternativas, facultativas, de género, solidarias, divisibles e indivisibles, pero no de obligaciones bilaterales. En el tecnicismo jurídico se habla a veces de acto bilateral, para contraponer esta noción a la de acto unilateral, o sea aquel en que sólo interviene una parte. Así, diremos que el testamento es un acto unilateral, porque en él sólo interviene el testador, y que el depósito es un contrato unilateral, porque en él sólo se obliga el depositario, y es un acto bilateral porque en su formación hay acuerdo de voluntades.

Por lo que se deja expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado y en su lugar resuelve:

Líbrese mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor de Arcadio Martín y en contra del Departamento de Boyacá por la cantidad de setecientos setenta pesos moneda legal, más los intereses correspondientes a la mora a partir de la fecha en que se venció el plazo de seis días señalado en la sentencia que sirve de recaudo ejecutivo, intereses que se liquidarán a razón del seis por ciento (6 por 100) anual. Intímese al deudor que debe nombrar oportunamente secuestre y un avaluador de los bienes que haya lugar a embargarle con las advertencias contenidas en el numeral 3º del artículo 997 del Código Judicial.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

MULTAS

El auto que impone una multa no es susceptible del recurso de apelación, sino únicamente del de reposición, conforme al art. 310 del Código de Régimen Político y Municipal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado V.)

En auto de fecha 16 de septiembre del corriente año, el Tribunal Superior de Bogotá, con apoyo en el artículo 82, inciso 6º, del Código Judicial, impuso al Juez ejecutor, doctor Eliseo Pinto, una multa de diez pesos, por desobediencia. De esta providencia se dio por sabedor el multado. En 18 del mismo septiembre el doctor Nicolás Montejo, como personero del doctor Eliseo Pinto, presentó escrito en el que interpone apelación contra el citado auto de 16 de septiembre, en la parte que impone la multa. El Tribunal citado en proveído de 23 del propio mes de septiembre dispuso: "Se reduce a cinco pesos la multa de que trata el auto reclamado, y se niega el recurso subsidiario de apelación interpuesto", Contra este proveído hizo valer el doctor Montejo el recurso de reposición, que no prosperó, pero en cambio, el Tribunal dispuso que a costa del interesado se expidieran las copias que en subsidio había solicitado para los efectos del recurso de hecho.

En tiempo hábil para hacerlo, el recurrente presentó a esta Sala de Negocios Generales, con la copia de las piezas que se especifican en el artículo 513 del Código Judicial, un escrito en el que expone los fundamentos que cree tener a que se le conceda la apelación denegada.

Esos fundamentos pueden resumirse así: Que el artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal en ninguno de sus incisos dice que el proveído en el cual se impone una multa, sea inapelable. Que, por el contrario, esa disposición deja campo para que el multado pueda ejercer las garantías procesales pertinentes, como el recurso de reposición y el de alzada. Que la decisión inapelable de que se habla en el citado artículo 310 no es la que impone la multa, sino la que resuelve la reclamación. Que de interpretarse la disposición legal precitada como la entendió el Tribunal, resultaría el absurdo de que se puede condenar sin oír y vencer al penado. Que si se llega a la conclusión de que no hay disposición aplicable al caso contemplado, habría que acudir a las disposiciones que regulan casos semejantes, como el art. 401 del Código Fiscal.

Considera la Sala:

El artículo 310 del Código de Régimen Político y Municipal es suficientemente claro en el sentido de que contra la providencia que impone una multa, por vía correccional o disciplinaria, sólo cabe el recurso de reposición. Es inaceptable la tesis que distingue, para los efectos de la apelación, entre la resolución en que se impone la multa y la que resuelve la reclamación. Si en la mente del legislador hubiese estado que era apelable la primera, no habría elevado a la categoría de inapelable la decisión recaída a la solicitud de reposición. Porque, ¿cómo se explicaría que por el hecho de mediar ésta, se cerrase la puerta a otro recurso que existiría, en sentir del recurrente, si no se hubiera reclamado? O habría que llegar a esta conclusión, inaceptable por injurídica: la providencia impositiva de multa es apelable a condición de que se reclame. Nó, no puede ser ese el pensamiento del legislador. Por la naturaleza de la providencia en cuestión, se le quiso sustraer del recurso de alzada, y para no dejar indefenso al multado, se le reconoció en cambio, el de reposición. Fácilmente se explica el carácter de inapelable del auto en que se impone una multa. Trátase de una medida correccional o disciplinaria que ha menester, para su eficacia, ejecución inmediata, una vez resuelta desfavorablemente la reposición. Y no vale argüir que con este procedimiento se condena al multado sin haberlo oído y vencido en juicio, ya que aquí no se contempla el caso de la aplicación de una pena, a virtud de la jurisdicción penal propiamente dicha. Trátase simplemente de la

aplicación de una medida disciplinaria, para cuya eficacia, se repite, hay que prescindir de los largos trámites de un juicio, y aun de los menos largos, pero siempre ocasionados a dilación, del recurso de alzada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara bien denegado el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra el auto que le impuso una multa. Póngase en conocimiento del inferior para que conste en los autos.

Notifíquese y cópiese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE REPONE UN AUTO ANTERIOR—ACCIONES DE SOCIEDADES — TRASFERENCIA DE ACCIONES NOMINALES—CAUCION DE SANEAMIENTO

1.—La acción en una sociedad no es un derecho de crédito, sino apenas un derecho de partición en la sociedad, variable y esencialmente aleatorio. El accionista no puede hacer efectivo contra la compañía como crédito a cargo de la misma el valor de su acción. Esta apenas le da derecho para participar en los beneficios que puedan obtenerse, y en la distribución de los haberes sociales cuando se haga la liquidación. De tal manera que si no hay beneficios nada recibirá, y si al liquidarse la compañía no hay haberes que distribuír, tendrá que resignarse a que realizó una mala operación. Otro es el criterio con el obligacionista. Este sí es un verdadero acreedor de la compañía, como que su título le da derecho para exigir el pago de lo que se le debe, a medida que se sucedan los vencimientos, sin consideración a lo que resulte en materia de utilidades. Y en la liquidación de la empresa gozará del privilegio que tienen todos los acreedores, de que se considere el capital social un verdadero fondo de garantía para ellos. — 2.—La trasferencia de una acción nominal se verifica como lo indica el artículo 576 del C. de Comercio, por inscripción o por endoso sin garantía. Cuando se da en prenda una acción de tal naturaleza se opera, sin duda, una trasferencia, si bien no hay trasmisión de dominio. — 3.—La caución de saneamiento se otorga en favor del ejecutante para responderle de que los bienes denunciados son de propiedad del ejecutado, y suficientes para el pago de la deuda. Para que tal caución —cuando consiste en acciones nominales— llene su objeto, esto es, para que garantice el derecho que persigue el demandante, debe rodearse de todas las formalidades que indica la ley a fin de que se tenga por bien hecha la trasferencia. Si falta una de esas formalidades, si, como en el caso de autos, no se dio ningún aviso a la entidad emisora, la fianza no se perfeccionó, y, por ende, no nació para el ejecutado el derecho de oponerse a que se le embargaran nuevos bienes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado V.)

Hernán Moreno M., como apoderado especial de José Luis Molina, condición que se le reconoce, ha pedido reposición del auto proferido por esta Sala con fecha de 29 de octubre de 1940, en el ejecutivo seguido por el expresado Molina contra el Departamento de Antioquia, auto por el cual se revoca el de 31 de julio de 1939 dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las razones en que el reposicionista funda su solicitud, encaminada a que se confirme la providencia últimamente citada por la cual se decretó el embargo de la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000), pueden sintetizarse así:

a) La fianza de saneamiento no se ha perfeccionado, pues tratándose, como se trata, de acciones nominales se necesita para la trasferencia, según el artículo 576 del C. de Co., la formalidad de la inscripción o la del endoso sin garantía. Además, el artículo 35 de la ley 58 de 1931 estatuye: "La enajenación de los derechos nominativos se perfeccionará por el solo consentimiento de los contratantes, pero para que este acto surta sus efectos con relación a la compañía y a extraños, verificándose la tradición, se requiere la solemnidad del registro. Este lo verificará la Sociedad en virtud de un documento que el tradente le envía, y que se denomina carta de traspaso.

"En todo caso queda el derecho de retracto que establezcan las sociedades en sus estatutos".

b) La acción es un derecho de crédito y como tal se le deben aplicar los principios generales que rigen los derechos de crédito, entre los cuales están los artículos 2414 y 1960 del Código Civil, que no se han tenido en cuenta en el presente caso.

c) Las acciones ofrecidas en garantía

aparecen como bien de propiedad del Departamento de Antioquia; por consiguiente para poderlas dar en prenda era necesario que la Asamblea de Antioquia, como administradora de los bienes departamentales, autorizara al Gobernador para gravar tales acciones, y esa autorización se echa de menos. Tampoco aparece que el Gobernador, como jefe de la Administración Departamental, hubiese constituído la prenda.

ch) Ni el Fiscal del Tribunal ni ningún agente del Ministerio Público puede gravar los bienes departamentales con hipoteca ni con prenda.

Aunque alterando el orden de las razones sintetizadas advierte la Sala que no comparte el parecer del reposicionista en cuanto afirma que la acción es un derecho de crédito, y piensa, por lo mismo, que no vienen al caso los artículos del Código Civil ya citados. Cree, con Heinsheimer, que es apenas un derecho de participación en la sociedad, derecho variable y esencialmente aleatorio. El accionista no puede hacer efectivo contra la compañía como crédito a cargo de la misma, el valor de su acción. Esta apenas le da derecho para participar en los beneficios que puedan obtenerse, y en la distribución de los haberes sociales cuando se haga la liquidación. De tal manera que si no hay beneficios, nada recibirá, y si al liquidarse la compañía no hay haberes que distribuír, tendrá que resignarse a que realizó una mala operación.

Otro se el criterio con el obligacionista. Este sí es un verdadero acreedor de la compañía, como que su título le da derecho para exigir el pago de lo que se le debe, a medida que se sucedan los vencimientos, sin consideración a lo que resulte en materia de utilidades. Y en la liquidación de la empresa gozará del privilegio que tienen todos los acreedores, de que se considere el capital social un verdadero fondo de garantía para ellos.

En el auto que se reconsidera, después de trascribir el de fecha 5 de octubre de 1938 del Tribunal de Medellín, se dijo:

"Es, pues, incuestionable que la caución de saneamiento fue ofrecida por el Agente del Ministerio Público y aceptada por el Tribunal. Tratándose, como se trata, de una caución prendaria, quedó perfeccionada con la entrega del título y la aceptación ya dicha. Como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, si algo faltara sería cuando mucho la comunicación del Tribunal al Banco, dándole cuenta de la constitución de la prenda, lo que en rigor no era esencial para la perfección del acto jurídico. Pero, en todo caso, era esta una función propia del Tribunal, cuyo incumplimiento no puede redundar en perjuicio de la parte ejecutada".

El concepto expresado, de que la caución prendaria quedó perfeccionada con la entrega del título y la aceptación que de aquella hizo el Tribunal, no es exacto en el presente caso, en el que se trata de una acción nominal, cuya trasferencia, siquiera fuese a título de caución prendaria, no podía verificarse sino como lo indica el artículo 576 del Código de Comercio, por inscripción o por endoso sin garantía. Y es que cuando se da en prenda una acción como la especificada, se opera, sin duda, una trasferencia, si bien no hay trasmisión de dominio. De indiscutible exactitud sería aquel concepto si se tratara de acciones al portador, para cuya trasferencia basta la simple tradición manual. Ahora bien, la omisión apuntada impide la efectividad de la caución ofrecida ya ceptada, ya que mientras no se cumpla la formalidad pretermitida la compañía emisora de la acción de que se trata ha de considerarla libre de todo gravamen, y consecuencialmente deberá atender cualquier orden de embargo que se le comunique por otro juez, en relación con ese título.

La caución de saneamiento se otorga en favor del ejecutante, para responderle de que los bienes denunciados son de propiedad del ejecutado, y suficientes para el pago de la deuda. Para que la tal caución —cuando consiste en acciones nominales— llene su objetivo, esto es, para que garantice el derecho que persigue el demandante, debe rodearse de todas las formalidades que indica la ley a fin de que se tenga por bien hecha la trasferencia. Si falta una de esas formalidades, si, como en el presente caso, no se ha dado ningún aviso a la entidad emisora, la fianza no se ha perfeccionado, y, por ende, no ha nacido para el ejecutado el derecho de oponerse a que se le embarguen nuevos bienes.

El artículo 35 de la ley 58 de 1931 arriba trascrito, serviría, sin duda, para reforzar la tesis anterior; pero no se le puede tener en cuenta porque cuando la caución fue aceptada aún no regía esa ley.

Las otras razones alegadas habrían sido oportunas para solicitar la reposición del proveído en que se aceptó la caución, el cual es hoy ley del proceso. Como se desprende de lo que viene dicho, se con-

templa el caso de una caución aceptada, pero que aún no puede considerarse legalmente constituída, por ausencia de requisitos indispensables para que se le considere tal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca por contrario imperio el proveído reclamado, y en su lugar confirma el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín fechado el 31 de julio de 1939.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION DE PERJUICIOS — CONTRATOS PARA LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL — DOCTRINA JURIDICA SOBRE ELLOS

1. En los contratos para la confección de una obra materiál, si uno de los contratantes no se desprendió en ningún tiempo de la propiedad de los materiales empleados, sino que siguió siendo dueño de ellos y autorizó su empleo y adaptación en las obras que se haría en terrenos propios, sin modificar el dominio o propiedad que aquél tenía sobre los elementos respectivos, resulta por ello indudable que tal contrato, en cuanto a la ejecución de las obras que hayan de verificarse, tiene para las partes el carácter de un arrendamiento, y en esta condición la pérdida de la materia suministrada, y lógica y consecuencialmente la de la obra misma, es, según la doctrina de los artículos 2053 y 2057 del C. C., de quien ordenó la obra y suministró la materia principal. De acuerdo con esos artículos, las materias perdidas y la obra realizada con las mismas, perecen para su dueño y no para el arrendatario o para quien, como este último, no tenía el carácter o condición de propietario de las mismas materias u obras. Y al decir la ley que la pérdida de la materia principal recae sobre su dueño, regula también la pérdida, en su caso, de la obra efectuada con aquella materia, porque el mismo artículo 2057 habla de una y de otra cosa, sin distinguir modificar, para los varios casos, el alcance de la norma. Aquel principio legal tiene una excepción consistente en la responsabilidad del artífice cuando la materia perece por su culpa o por la de las personas que le sirven. — 2.— Cuando se trata de contratos para la ejecución de una obra material no es pertinente la doctrina del art. 1730 del Código Civil, pues debe atenderse a las normas especiales consignadas en los artículos 2053 y 2057, antes citados.

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Procurador General de la Nación, Delegado en lo Civil, propuso demanda, a nombre de ésta y contra la Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A., la Raymond Concrete Pile Company y la Wiston Bros. Company, representadas por el señor Roberto H. Parrish, ciudadano saxo-americano, mayor y residente en esta ciudad, para que con su citación y audiencia, y previos los trámites de un juicio ordinario, se disponga, por sentencia definitiva, lo siguiente:

"a) Que las Compañías demandadas están obligadas solidariamente a rebajar del precio total de las obras de Bocas de Ceniza, estipulado en el contrato de 30 de mayo de 1933 y que consta en la escritura pública número 1954 de 20 del mismo año, en la Notaría 3ª de este Circuito, el valor de 484 metros del tajamar occidental que no han entregado ni pueden entregar al Gobierno, o sea la suma de 266.200.00 dólares, moneda de los Estados Unidos de Norte América.

"b) Que deben pagar la suma que se acreditare como indemnización de perjuicios por la infracción parcial de los contratos de que trata este escrito.

"c) Que se ordene entregar a la Nación la suma retenida por el Banco de la República, por los motivos consignados en el hecho vigésimo primero.

"d) Que se les condene en costas, si hicieren oposición temeraria".

En subsidio se impetraron estas declaraciones:

"a) Que por cuanto que las Compañías demandadas se obligaron a entregar hasta 500.000 yardas cúbicas, y a virtud del deslizamiento del terreno sobre el cual se había empezado a construír el tajamar occidental, por el derrumbamiento de éste y por la fuerza de la corriente encauzada del río se eximieron de esa obligación, deben reembolsar al Estado de Colombia la suma que dejaron de gastar o invertir por este concepto, y cuyo monto se acreditare durante el curso del juicio.

"b) Que se las condene en costas, en el evento de oposición temeraria".

Como hechos básicos del libelo, relacionó los siguientes:

"Primero. El señor Ministro de Obras Públicas, en representación de la Nación y con todas las autorizaciones y formalidades legales, celebró varios contratos con el señor Roberto H. Parrish, en su calidad de representante de la Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A., domiciliada en el Estado de Delaware; de la Raymond Concrete Pile Company, domiciliada en el Estado de Nueva Jersey, y de la Winston Bros. Company, domiciliada en el Estado de Minnesota, de los Estados Unidos de América, relativos a la ejecución de las obras de canalización de las Bocas de Ceniza, construcción de un puerto provisional, marítimo y fluvial en la ciudad de Barranquilla y otros fines.

"Segundo. En dichos contratos, la primera de las referidas sociedades se denominó la Compañía, y las dos últimas fueron designadas con el nombre de las casas constructoras.

"Tercero. Tales contratos fueron celebrados, el primero, el 30 de mayo de 1933; el segundo, el 11 de octubre de 1935; el tercero, el 8 de abril de 1936, y el cuarto, el 7 de abril de 1937, y aparecieron publicados en los Diarios Oficiales números 22.450, 23.056, 23.282, y 23.486, de 29 de noviembre de 1933, 10 de diciembre de 1935, 14 de septiembre de 1936 y 24 de mayo de 1937, respectivamente, y constan, en su orden, en las siguientes escrituras públicas:

a) Número 1954 otrgada ante el Notario 3º de este Circuito el día 20 de noviembre de 1933; b) Número 1849 de 13 de noviembre de 1935, otorgada ante el mismo notario; c) Número 1292 de 27 de julio de 1936, otorgada ante la misma notaría; y d) Número 812 de 15 de mayo de 1937, otorgada ante el referido notario 3º

"Cuarto. Al final del artículo 2º del contrato primeramente citado, o sea el que se publicó en el número 22.450 del D. O., se estipuló que "La compañía queda autorizada para retrasar la construcción del tajamar oriental 'asumiendo aquélla los riesgos que pueda ocasionar esta determinación' y en este caso se le extenderá el término para la entrega de este tajamar en nueve (9) meses más sobre los veinticuatro (24) meses estipulados en el artículo 5º

"Quinto. La estipulación que acaba de insertarse se hizo porque los representantes del Gobierno estimaron y así se lo hicieron saber a la Compañía y a las casas constructoras, que la obra de construcción de ambos tajamares debería adelantarse simultáneamente, porque era peligroso adelantar únicamente el tajamar occidental, retardando el oriental, porque aquél en la parte que penetraba al mar quedaba solo y aislado, expuesto a ser destruído por el embate impetuoso de las olas.

"Sexto. Los contratistas al reservarse el derecho de construír aisladamente el tajamar occidental, tenían en mira, suprimir completamente el tajamar oriental, si ello era posible, y así emprendieron primero la construcción de aquel tajamar, y sólo acometieron la del tajamar oriental cuando la del occidental estaba muy adelantada mar adentro, y se vio que la construcción del oriental era indispensable para el éxito de las obras.

"Séptimo. De acuerdo con el contrato de 30 de mayo de 1933, las expresadas compañías se obligaron solidariamente a construír y a entregar, entre las obras proyectadas para la Canalización de Bocas de Ceniza, dos tajamares completamente terminados, mediante la construcción de 1.600 metros del tajamar en el lado occidental del río Magdalena y de 800 metros en el lado oriental del mismo río.

"Octavo. La construcción del tajamar occidental había avanzado hasta su extremidad, o sea hasta completar los 1.600 metros estipulados en el contrato, aunque no se hallaba completo en cuanto a sus dimensiones transversales, cuando el día 30 de agosto de 1935, sin que mediara oleaje, ni vientos fuertes, ni crecientes del río, se derrumbó en su parte extrema una extensión aproximada de 200 metros; en la noche de ese mismo día se derrum-

baron unos 150 metros más, y en los días siguientes otros 80 metros, completándose así un total de 430 metros de tajamar destruído.

"Noveno. Más tarde, en los días 7, 8 y 9 de diciembre del mismo año, un fuerte oleaje dispersó 50 metros más del extremo norte del tajamar occidental, completándose así un total de 484 metros de tajamar destruído en el extremo norte del tajamar occidental. Los contratistas en presencia de esta última destrucción, comprendieron entonces la necesidad de reforzar las extremidades de los tajamares, y en efecto así lo hicieron, empleando bloques de piedra de gran peso.

"Décimo. En la época en que estos 484 metros de tajamar fueron destruídos, la obra del tajamar occidental se encontraba inconclusa y defectuosa, pues no se había terminado en cuanto a las dimensiones transversales, ni la basculación se había practicado en la forma estipulada (numeral 2º del Anexo A) del contrato de 30 de mayo de 1933).

"Undécimo. La compañía fue prevenida constantemente por el ingeniero supervigilante de Bocas de Ceniza, en cuanto al método defectuoso de basculación que venía empleándose, el cual consistía en arrojar piedra y tierra pequeña por un lado del tajamar y piedra grande por el otro, ya que este método era perjudicial para la estabilidad de la obra, y no estaba de acuerdo con el contrato.

"Duodécimo. La destrucción de los 484 metros de que se habló, se debe a hechos y omisiones de los contratistas.

"Décimotercero. Para la ejecución de tales obras se estipuló el precio de 550.00 dólares por cada metro lineal del tajamar occidental y 500.00 por cada metro lineal del tajamar oriental (art. 2º del contrato de 30 de mayo de 1933).

"Décimocuarto. Computando el precio de costo de los 484 metros y no entregados del tajamar occidental a razón de 550.000 dólares arroja un costo total de 266.200.00 dólares. De esta suma correspondió a las casas contratistas un aporte de 159.720.00 dólares y al gobierno la suma de 106.480.00 dólares.

"Décimoquinto. De acuerdo con el contrato de 30 de mayo de 1933 (artículo décimoprimero), el aporte de las casas contratistas devenga un interés del 6% anual desde la fecha en que se considere invertido, según se ve de los certificados expedidos por los ingenieros supervigilantes del gobierno.

"Décimosexto. Los intereses correspondientes al aporte de las casas contratistas relativos a los 484 metros de la parte del tajamar destruídos ascieden desde el 1º de septiembre de 1935 hasta el 11 de diciembre de 1936 a la suma de $ 12.271.-97.

"Décimoséptimo. En el artículo 2º del contrato publicado en el D. O. número 23.450 se estipuló lo siguiente:

'Los cambios o modificaciones que se quieran introducir al proyecto determinado en los Planos Generadores y en las Especificaciones de que habla el artículo anterior, para que sean válidos deben acordarse por escrito entre el Gobierno y la Compañía. Si cualquiera de tales cambios disminuyera el costo de las obras, el valor de esta disminución será determinado y convenido por escrito entre el Gobierno y la Compañía y será deducido del precio total del contrato estipulado en el artículo tercero. Si cualquiera de tales cambios aumentare el costo de las obras, el valor de este aumento será determinado y convenido por escrito entre el Gobierno y la Compañía, y aumentado a la cifra total estipulada en el artículo tercero como precio de las obras.

. . . . . .

En el caso de que se cambiare la longitud de cualquiera de los tajamares, o de ambos, de acuerdo con las estipulaciones que preceden, el aumento en los costos de construcción, o la disminución en el valor convenido de las obras, según el caso, será como sigue: tajamar occidental, quinientos cincuenta dólares (550) por cada metro lineal de tajamar; tajamar oriental, quinientos dólares (500) por cada metro lineal de tajamar'.

"Décimoctavo. La falta de entrega al Gobierno de los 484 metros de la parte de tajamar destruída en la faja occidental implica un cambio en la longitud de éste que lo disminuye en la cuantía ya expresada de 484 metros.

"Décimonoveno. Conocida la destrucción por las partes contratantes, el Gobierno se reservó en las cláusulas 4ª y 6ª de la modificación introducida al contrato primitivo, en contrato de 7 de abril del presente año, el derecho de acudir a la Corte Suprema de Justicia para reclamar se rebaje, del precio del contrato primitivo de fecha 30 de mayo de 1933, el valor de los 484 metros referidos, en la forma siguiente:

"El artículo 4º del antes citado contrato (se refiere al contrato de 11 de diciembre de 1936), quedará así:

'Cuarto. Para los fines del artículo sexto del contrato principal, el gobierno, por el presente, les suministra a la Compañía y a las casas constructoras el certificado de terminación de las obras a que se refiere el último párrafo de dicho artículo sexto, con la salvedad de que la compañía no entrega 484 metros del tajamar occidental, y la reserva del Gobierno de reclamar ante la Corte Suprema de justicia la rebaja del valor de dichos 484 metros del tajamar, del precio total del contrato. El Gobierno se reserva igualmente el derecho de reclamar la indemnización de perjuicios que crea existen a su favor por la no entrega del referido trayecto del tajamar occidental, sin que la Compañía estime que dichos perjuicios sean de su cargo...'

'Sexto. Como quiera que los últimos 484 metros construídos en el extremo norte del tajamar occidental, han desaparecido, y en consecuencia, la compañía y las casas constructoras no los entregan al Gobierno, éste se reserva los derechos que pueda tener, según el contrato principal de reclamar que se rebaje del precio del contrato el valor de dichos cuatrocientos ochenta y cuatro metros. El Gobierno se reserva igualmente el derecho de reclamar la indemnización de perjuicios que crea existen a su favor por la no entrega del referido trayecto del tajamar occidental, sin que la Compañía estime que tales perjuicios sean de su cargo. De conformidad con la cláusula quince del contrato principal, el Gobierno acudirá a la Corte Suprema de Justicia para que decida si el Gobierno tiene o no derecho a esta rebaja y a la expresada indemnización de perjuicios, de acuerdo con las estipulaciones del contrato principal'.

"Vigésimo. El plazo para la construcción del tajamar occidental quedó vencido el 11 de diciembre de 1936, fecha del contrato consignado en la escritura número 812, de 15 de mayo del mismo año, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, al tenor de la cláusula 4ª del indicado contrato, tal como quedó en la reforma de 7 de abril de 1937, inserta en la misma escritura. Por consiguiente, las Compañías están en mora de entregar la obra tal como fue contratada.

"Vigésimoprimero. En la cláusula novena del contrato consignado en la escritura número 812, citada en el punto anterior, se estipuló lo siguiente:

'Noveno. El Gobierno hará los pagos de intereses y amortización sobre la cuantía total del contrato principal y sus suplementales, es decir, un millón seiscientos veinte mil dólares moneda de los Estados Unidos de América (US. 1.620.000) según las estipulaciones de los mismos. Los intereses devengados durante el período de construcción, que deben ser pagados dentro de los noventa días siguientes a la fecha del presente contrato serán calculados a base de los porcentajes de la obra construídos según consta en los certificados mensuales de mensura de las obras, expedidos por los ingenieros supervigilantes, sin tomar en cuenta, sin embargo, las anotaciones hechas por dichos ingenieros en cuanto al porcentaje que representa la parte hundida del tajamar occidental.

'En caso de que la decisión de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al tajamar occidental, conceda al Gobierno una rebaja sobre el precio del contrato, los pagos de intereses y amortización que hubiere hecho el Gobierno con anterioridad, serán revisados y ajustados de conformidad con la decisión final.

'Al recibo de cada uno de los pagos de que trata el inciso primero de la presente cláusula, hechos en el intervalo anterior a la decisión final de la Corte Suprema de Justicia, la Compañía y las casas constructoras suministrarán al Gobierno y a su satisfacción, una garantía bancaria para garantizar su obligación de hacer la revisión y reajuste de los pagos en caso de que la decisión final de la Corte negare la rebaja, se cancelarán dichas garantías y los pagos de intereses y amortización continuarán haciéndose del modo estipulado en los contratos'.

"Vigésimosegundo. El Gobierno ha efectuado puntualmente los depósitos estipulados en la cláusula trascrita en el punto anterior.

"Vigésimotercero. Se estipuló que los contratistas harían el dragado que fuera necesario inicialmente para establecer un canal que fuera suficiente para una navegación razonablemente segura, y que lo llevarían a cabo por medio de una draga hasta obtener una profundidad de 10 metros (numeral 3º del Anexo A) del contrato últimamente citado).

"Vigésimocuarto. Las aguas del río Magdalena, con la destrucción varias veces mencionada de los 484 metros del tajamar occidental y el deslizamiento del terreno sobre el cual se había construído, arrastraron la barra que obstruía el paso de las Bocas de Ceniza, con motivo de lo

cual el nivel de las aguas bajó más de los 10 metros estipulados, habiéndose exonerado con ello las compañías contratistas de la obligación de hacer un dragado hasta de 500.000 yardas cúbicas.

"Vigésimoquinto. La Nación ha cumplido por su parte de la manera más estricta y legal, con todas y cada una de las obligaciones estipuladas en los referidos contratos".

El actor señaló como disposiciones aplicables los artículos 1602, 1603, 1610, numeral 3º, 1613, 1614, 1615, 1626, 1627, 2060, numerales 3º y 4º, 2341, 2351, 2356 y concordantes del Código Civil; y para la acción subsidiaria, indicó los artículos 2313 y ss. y 1524 y concordantes del Código Civil y el principio universal de derecho de que nadie puede enriquecerse sin causa a costa ajena.

El apoderado especial de las entidades demandadas en Colombia, señor Roberto H. Parrish, confirió poder al doctor Manuel Casabianca para su representación en el presente juicio, y con esa calidad contestó éste la demanda rechazando las pretensiones aducidas en la parte petitoria y oponiéndose a que la Corte haga las declaraciones principales y subsidiarias del libelo.

Competencia de la Corte

La competencia de la Corte para conocer de este asunto la fija el artículo 40 del C. J., el cual dispone que la Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente, en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya trasferido en todo o en parte sus derechos.

La tramitación del juicio

Tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como las entidades demandadas hicieron uso del término probatorio, en el cual se produjeron las pruebas solicitadas por ambas partes.

Surtidos los traslados, recibidos los alegatos y llenadas las demás ritualidades del juicio, es llegada la oportunidad de proferir el fallo correspondiente, a lo cual se procede.

Naturaleza jurídica del contrato

El Gobierno de Colombia, en su deseo de acometer la construcción de las obras conducentes a la apertura de las Bocas de Ceniza, suscribió en Bogotá, el 30 de mayo de 1933, un contrato con la Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A., la Raymond Concrete Pile Co. y la Winston Bros. Co., encaminado a la terminación de las obras proyectadas para la canalización de Bocas de Ceniza, la construcción de un puerto provisional marítimo y fluvial en Barranquilla, y la administración y explotación de tales obras por las Compañías contratistas, hasta amortizar las sumas que ellas aportaran conforme a la negociación. Este contrato recibió las aprobaciones reglamentarias, se elevó a escritura pública por medio del instrumento número 1954 de 20 de noviembre de 1933 de la Notaría 3ª de Bogotá, y fue publicado en el Diario Oficial número 22.450.

La determinación de la naturaleza jurídica de este contrato constituye una de las cuestiones básicas que la Corte ha de esclarecer en el presente fallo, puesto que de ese examen y de la solución a que en él se llegue se desprenden consecuencias que permiten fijar la posición de las entidades demandadas, y consecuencialmente resolver sobre la prosperidad de la controversia planteada.

Las estipulaciones de tal convención, a cargo de la Compañía y de las casas constructoras, las sintetiza así la Corte:

1º Ejecutar dentro del período señalado por el artículo 5º las obras proyectadas en el contrato encaminadas a terminar la canalización de Bocas de Ceniza y a la construcción de un puerto provisional marítimo y fluvial en Barranquilla; 2º Llevar a cabo estas obras de conformidad con los métodos y la técnica modernos para tal clase de construcciones; 3º Efectuarlas según los planos generales y de acuerdo con las especificaciones aprobadas por el Gobierno como partes integrantes del contrato; 4º Someterse en la ejecución a la supervigilancia del Gobierno, ejercida por medio de ingenieros de reconocida experiencia y reputación internacional en esa clase de trabajos; 5º Presentar — como consecuencia de esta obligación — a la aprobación de los ingenieros supervigilantes los planos y especificaciones de las obras que mensualmente fuera construyendo, sin cuya aprobación no podían adelantarlas, a menos que pasados 30 días del recibo por los ingenieros, éstos guardaran silencio, actitud que implicaría su aprobación; 6º Permitir a los ingenieros supervigilantes el libre acceso a todas las obras, en todo el tiempo de ejecución del contrato, prestándoles la ayuda que ellos razonablemente pu-

dieran requerir en el desempeño de sus atribuciones y deberes; 7º Suministrar los elementos necesarios para la construcción de las obras, que el Gobierno no pudiera ofrecer a las Compañías por carecer de ellas; 8º Prestar para la ejecución de tales trabajos la cantidad de 1.500.000 dólares, según las especificaciones del contrato; 9º Empezar la construcción de las obras dentro de un período de 60 días contados desde la fecha del perfeccionamiento de la convención; y 10º Conservar la obra de los tajamares durante un año a partir de su terminación.

El Estado se obligó para con las Compañías:

1º A entregarles, 30 días después de perfeccionado el contrato, todas las obras de Bocas de Ceniza ya construídas, junto con la maquinaria, equipos, materiales y elementos existentes en las obras, exceptuando aquellos que las Compañías consideraran innecesarios; 2º Facultarlas para ocupar y utilizar en orden a los fines del contrato, todos los terrenos que necesitaren para las obras, lo mismo que el usufructo de las canteras y los derechos de vía y contratos de arrendamiento requeridos para los mismos fines; 3º Entregarles y facultarlas para utilizar y ocupar, con destino a la ejecución del propio contrato, todas las tierras y materiales necesarios para los trabajos del terminal provisional, servidumbres de paso y contratos de arrendamiento que se requieren; 4º Entregarles igualmente el remolcador Bastidas, acto que se llevaría a cabo en el puerto de Cartagena; 5º Prestarles fuera de éstos elementos destinados a las obras y sin costo alguno para las Compañías y en las mismas condiciones del equipo existente en las obras, cualesquiera otros elementos o equipos de construcción que el Gobierno poseyera y no necesitare, y que fueran requeridos por las Compañías; 6º Pagar a las Compañías por la ejecución de las obras la suma de $ 2.500.000 oro americano al tipo de cambio colombiano; 7º Hacer que los ingenieros supervigilantes expidieran a los contratistas, mensualmente, un certificado por duplicado, previa la inspección que harían del progreso de las obras, certificado que contendría el porcentaje aproximado de la obra total terminada en el mes a que correspondiera la inspección; y 8º Pagar a las mismas el interés del 6% anual sobre las cantidades que prestara en los términos y forma contemplados en el contrato.

El estudio de las prestaciones consignadas en el contrato, que la Corte ha extractado en la forma que precede, pone de presente su condición jurídica. Es bilateral, porque las partes contratantes se obligaron recíprocamente; y fue acordado para realizar una obra, porque en todo su texto se contempla este género de prestación. Esas características indican, pues, que se trata de un contrato para la "confección de una obra material" y que a este respecto le son de obligada aplicación las disposiciones pertinentes del Capítulo 8º, Título 26, Libro IV del C. C.

El señor Procurador, aunque no se refiere especialmente en su alegato a este aspecto del problema, con todo, parece coincidir en la anterior conclusión desde que al hablar de la **causa petendi** de la acción ejercitada la resume diciendo que las sociedades demandadas "se obligaron contractualmente para con el Estado de Colombia a construír varias obras para la apertura de Bocas de Ceniza y otros fines".

La cuestión planteada a la Corte

El problema jurídico cuya decisión debe hacerse en el presente fallo consiste en determinar a quién corresponde sufrir —si a la Nación o a las entidades constructoras— las consecuencias del hundimiento ocurrido en el extremo norte del tajamar occidental y que hizo desaparecer 484 metros de tal obra en el segundo semestre de 1935.

Las alegaciones del señor Procurador

En el hecho duodécimo del libelo se afirma que la destrucción de los 484 metros de tajamar se debió a hechos y omisiones de los contratistas.

El señor Procurador hace hincapié, para fundamentar la prosperidad de la acción, en las disposiciones del Título 19, Libro IV del C. C. referentes a la pérdida de la cosa que se debe. Según lo allí dispuesto, si el cuerpo cierto que se debe perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto: el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor (artículo 1731 del C. C.). "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya". (Art. 1730 ib.). Se trata de la presunción de culpa contractual, proclamada por la generalidad de los expositores y por las modernas legislaciones.

A cargo de la parte demandada estaba, pues —dice el Procurador— la prueba plena que destruyera la presunción de culpa suya en la pérdida de los 484 metros de tajamar.

El señor Procurador plantea este dilema: o se acepta que el deslizamiento de terreno que anotan los peritos fue la causa inmediata del daño, o no se acepta. En esta última hipótesis no hay para qué ir más allá, pues no apareciendo la causa extraña y generadora del hecho sigue pesando sobre el deudor la presunción de culpa en la pérdida del cuerpo cierto debido que pereció en su poder. Pero si se acepta lo primero, es preciso examinar cuál fue la capa de tierra deslizada, a efecto de saber si la obra construída sobre ella presentaba suficiente garantía de seguridad, o si, por el contrario, hubo un error de conducta en el deudor al construír la obra sobre una superficie expuesta a deslizarse.

Todo indica en el examen del fenómeno ocurrido —continúa el Procurador— que la capa de tierra deslizada en el mar no fue otra que la formada al través de los años por las sustancias de distinta naturaleza depositadas por la corriente del río al desembocar en el océano. Así se deduce de la lectura de los dictámenes de los peritos ingenieros Hernando Gómez Tanco y Ricardo Pérez. Hecho del cual se deduce esta conclusión: Si el deslizamiento fue de la capa de aluvión y con ella se hundió el tajamar occidental en 484 metros, fue porque en esa extensión la obra se hallaba sustentada sobre aquella capa de aluvión. No hubiera ocurrido el hundimiento si la obra hubiera descansado en tierra firme, la que no se deslizó.

"La culpa, el error de conducta del contratista en la construcción de la obra aparece, pues, de manifiesto. Ese error fue causa primera del hundimiento de la parte de tajamar que se fue a las profundidades del océano junto con la débil base sobre que se había construído. El hecho natural del deslizamiento no fue, por tanto, la causa única del daño ocurrido. Esa causa estuvo primero en el defecto de construcción que se deja demostrado. De consiguiente, no quedó destruída, sino todo lo contrario, robustecida, la presunción de culpa del deudor en la pérdida parcial del cuerpo cierto debido, hallándose éste en su poder... Su situación jurídica es, por tanto, la que señala el art. 1731 del C. C., citado al principio. La obligación subsistió a pesar de aquella pérdida y el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Pero como lo estipulado en las cláusulas trascritas del contrato de 7 de abril de 1937 equivale, según se demostró, a una disminución de la longitud del tajamar occidental en 484 metros, hecho previsto en la cláusula segunda del contrato principal, hubo de producirse la consecuencia jurídica prefijada en esta última cláusula; la rebaja del precio de la obra en proporción de la parte no entregada y a razón de 550 dólares por metro. Lo cual guarda perfecta armonía con el precepto del citado artículo 1731 del Código Civil".

Las alegaciones de la parte demandada

En un extenso alegato el señor apoderado judicial de las sociedades contratitas presenta los motivos por los cuales considera injurídica la demanda. Hace en él un resumen minucioso de los hechos y critica las apreciaciones de la Procuraduría. Presenta además, a manera de excepción perentoria, los hundimientos del tajamar occidental como constitutivos de "fuerza mayor o caso fortuito".

Dice el señor apoderado que en los hechos 8º y 9º de la demanda se aceptan los fenómenos de la naturaleza ocurridos en Bocas de Ceniza; igualmente de los puntos pertinentes de las declaraciones de los testigos señores Probts y Pratt se concluye que en el segundo semestre de 1935 se presentó en el sector de Bocas de Ceniza un movimiento de sus arenas que produjo el desplazamiento de la barra formada por aquellas materias y el hundimiento de 484 metros del tajamar occidental en varias etapas.

Tales hechos fueron imprevistos desde que en los planos y especificaciones de la negociación nada se contempla sobre el particular. Lejos de ello, se previó más bien la necesidad de un dragado especial que permitiera la navegación regular. Cita al efecto parte de los dictámenes de los peritos Gómez Tanco y Pérez, en los que se concluye la imposibilidad humana de prever un acontecimiento como el contemplado, al planear la obra ni al definir y adelantar su programa de construcción. Por lo demás, las Compañías no elaboraron ni concurrieron a la elaboración de los estudios y planes de los trabajos prospectados, ya que ellas no actuaron sino en su calidad de constructoras, sujetas a los prospectos presentados por el Gobierno e incorporados en el respectivo contrato, por manera que, aun en el caso de que hubiera sido posible la pre-

visión, y su falta diere origen a responsabilidad, ésta sería del Gobierno y en ningún caso de las Compañías.

Se trataba además de un hecho irresistible, ya que según los peritos, su efecto material consistió en el desplazamiento de más de cien millones de metros cúbicos de arena y otras materias en el breve espacio de unas horas. Sobre este punto concreta así su pensamiento el doctor Gómez Tanco: "Desde luego, un fenómeno de esta naturaleza, no puede, según la experiencia y la ciencia de la ingeniería, detenerse, ni contrarrestarse o resistirse una vez presentado". Y el doctor Boshell M. se pregunta en su dictamen: "¿Podría detenerse, contrarrestarse, o resistirse el acontecimiento una vez presentado? No podría detenerse, contrarrestarse, ni resistirse —contesta— el derrumbamiento del terreno una vez presentado".

Resume así su pensamiento el señor apoderado: "Las Compañías hicieron la obra de los tajamares, la que fue entregada oportunamente a los representantes del Gobierno sin observación ninguna de su parte. En esta obra se invirtieron por los contratistas las sumas considerables presupuestadas al efecto; y si una parte de ellas desaparació por causa exclusiva de una fuerza mayor o caso fortuito, no hay razón para negar su pago a las mismas Compañías, o pedir que se rebaje su costo del valor total de las obras, puesto que a aquel pago se halla obligado el Estado y el suceso apuntado las eximía de toda obligación o responsabilidad, justificando, llegado el caso, la excepción perentoria que lógica y necesariamente se desprende de la existencia de tal suceso, así como de su propia naturaleza y efectos".

Los dictámenes periciales

Tanto el apoderado de las sociedades demandadas como el señor Procurador sometieron a la consideración de los peritos señores ingenieros Carlos Boshell M., Ricardo Pérez y Hernando Gómez Tanco cuestionarios de orden técnico dirigidos al esclarecimiento de los antecedentes y consecuencias resultantes del deslizamiento del terreno en la desembocadura del río Magdalena.

Los peritos absolvieron las preguntas en extensos razonamientos que la Corte ha estudiado con la detención que merecen.

Sobre la naturaleza del acontecimiento, dice el doctor Gómez Tanco:

"El arrastre o deslizamiento de un aluvión reciente en la desembocadura de un río, como es, en mi opinión, el caso que nos ocupa, es un hecho que como fenómeno general de geografía física se funda en la conocida movilidad de las arenas de los litorales y, por consiguiente, bien puede el hombre admitir la posibilidad de que ocurra, pero, en relación con un caso particular como el contemplado y a su magnitud y consecuencias, es humanamente imposible prever algo concreto que con él se relacione, ni siquiera si el hecho se presentará o nó en el transcurso del tiempo, luego sería infundada toda esperanza o previsión a este respecto o en otros términos, éste es un acontecimiento que no podía esperarse ni preverse racionalmente al planear la obra ni al definir y adelantar su programa de construcción. Desde luego, un fenómeno de esta naturaleza no puede, según la experiencia y la ciencia de la ingeniería, detenerse, ni contrarrestarse o resistirse una vez presentado".

Según el doctor Boshell M., se trata no sólo de un deslizamiento del terreno que abarcó un cubicaje aproximado de ochenta millones de metros cúbicos, sino de un fenómeno aún mucho más complejo.

En los hechos de la demanda se afirma que en virtud de la estipulación contenida en la parte final del artículo 2º del contrato, la Compañía quedó autorizada para retrasar la construcción del tajamar oriental asumiendo ella los riesgos que pudiera ocasionar esa determinación. Parece darse a entender allí que por el hecho de haberse construído primero el tajamar occidental y con posterioridad el oriental quedaba el primero solo y aislado, expuesto a ser destruído por las olas.

Los peritos Gómez Tanco y Pérez afirman en sus dictámenes que no es posible establecer relación de causalidad entre lo ocurrido y la acción simultánea de los dos tajamares sobre el río. Cuando ocurrió el hundimiento del litoral los dos tajamares llevaban ya dos meses de estar construídos y ya habían pasado a través de ellos las aguas de las crecientes de julio y sólo a fines de agosto, con aguas normales del río, sobrevino el hundimiento del litoral. "No parece lógico concluír — dice Gómez Tanco — que la causa determinante de lo ocurrido fue la manera de construír los dos tajamares, pues dicho programa de construcción, cualquiera que él hubiera sido, era ya un hecho cumplido, con dos meses de anterioridad al efecto que se le supone".

El ingeniero señor Boshell, refiriéndose a este tópico dice:

"Los tajamares tenían ciertamente por objeto remover las arenas de la barra entre los mismos tajamares, y su construcción se había previsto en tal forma que esa remoción fuera un proceso de erosión progresiva. lo que se habría logrado adelantando simultáneamente la construcción de los dos tajamares, así como lo logró la Compañía Ulen en la parte construída por ella. Se puede asegurar que la remoción de las arenas de la barra sí se habría verificado en forma distinta al haber procedido en la forma descrita en la pregunta", esto es, "de distinto modo a como ocurrió si la construcción de los dos tajamares se hubiera adelantado simultáneamente", conforme al cuestionario del señor Procurador.

El señor Procurador inquirió acerca de los perjuicios que para la Nación han podido seguirse por el hecho motivo del pleito. El perito Boshell M. sintetizando su exposición al respecto, dice:

"En la posibilidad justificada de que la obra no presenta hoy las garantías de estabilidad que presentaría al haberse adoptado otro método en la marcha de los trabajos, veo un perjuicio para la Nación, cuyo valor puede variar dentro de un margen muy amplio, desde cero hasta aproximar el valor total de la obra".

Observa la Sala que el perito se refiere al explicar esta parte de su dictamen a la posibilidad de que la obra no presenta las garantías de estabilidad a que alude; no afirma categóricamente esa ausencia de estabilidad y tampoco da las razones que sirvan para sustentar esta parte de su concepto. La hipótesis, motivo de perjuicios para la Nación, la sitúa en el plano de las posibilidades. Así su concepto en este punto no aparece debidamente fundamentado.

Sobre el mismo punto dice el perito Ricardo Pérez:

"La destrucción del tajamar no sólo no ha ocasionado perjuicios, pues no ha demorado ni entorpecido la obra sino que ha acelerado el término de su realización y el hundimiento del fondo ha dejado espacio para la sedimentación haciendo así menos aleatoria la conservación".

Y el perito Gómez Tanco confirma:

"En cuanto a la técnica y a la finalidad de la obra, el Estado no ha sufrido perjuicio alguno por la no entrega por parte de la Compañía demandada de los 484 metros de tajamar occidental para completar los 1,600 metros estipulados en el contrato".

Y en otro aparte agrega el mismo perito Gómez Tanco:

"El accidente ocurrido en agosto de 1935 anticipó la realización de la obra, la cual pasó, a consecuencia de él, del período de construcción y de expectativa en cuanto a sus reultados, al período de explotación, conservación y mejoramiento, y la circunstancia de no haberse obtenido la finalidad de la obra dentro del programa trazado por los técnicos nada le resta a esa realidad obtenida, ni a los beneficios que de esta obra se esperan. También debemos anotar que lo ocurrido hace tres años nada le agrega ni le quita a la obra en cuanto a los indeterminantes, inseguridades y contingencias futuras y propias de todas las obras de esta naturaleza, sobre las cuales el hombre debe ejercer una constante e inteligente vigilancia y conservación para hacer estables los buenos resultados obtenidos, y contrarrestar toda tendencia desfavorable del río".

Los dictámenes periciales fueron trabajos serios, reveladores de la capacidad y saber de sus autores. La Corte considera justo consignar aquí que esos trabajos contribuyeron en mucho a ilustrar su criterio. El dictamen del perito tercero doctor Gómez Tanco es una pieza que según la opinión del señor Procurador tiene "verdadero valor científico".

Sobre los puntos que ha hecho resaltar la Corte, y en general sobre la materia toda de los dictámenes, hay acuerdo entre lo dicho por Gómez Tanco y lo dicho por Pérez. El doctor Boshell M. se separa en varios puntos del parecer de los otros peritos, pero nó en forma tal como para obligar a la Corte a desestimar sus dictámenes.

El auto para mejor proveer

El señor Procurador había afirmado la existencia de culpa o error de conducta de los contratistas en la construcción de la obra por el hecho de haberse sustentado ella sobre una capa de aluvión. "No hubiera ocurrido — dice — el hundimiento si la obra hubiera descansado en tierra firme, que no se deslizó".

Ante problema semejante, cuya solución implica conocimientos especiales de ingeniería hidráulica, la Corte acudió a la ayuda de los peritos que habían intervenido en el juicio y dictó, al efecto, la siguiente providencia:

'Para mejor aclarar los dictámenes rendidos por los peritos en el presente juicio, y en uso de la facultad prevista en el artículo 600 del C. J., se dispone:

'Los señores peritos, ingenieros Carlos Boshell M., Ricardo Pérez y Hernando Gómez Tanco se servirán precisar su dictamen sobre los siguientes puntos:

'Primero. La naturaleza del terreno sobre que están asentados los tajamares occidental y oriental, si se trata de aluvión, tierra firme, etc.

'Segundo. Consecuencias que se siguen para la estabilidad y conservación de la obra de los tajamares cuando ellos se construyen sobre terrenos de aluvión.

"Tercero. Expresen los peritos la clase de terreno sobre el cual fueron construídos los 484 metros del extremo norte del tajamar occidental cuya destrucción ha motivado el presente juicio'.

El perito Pérez contestó así:

Al punto primero: "La mayor parte de la obra, posiblemente toda, descansa sobre los depósitos aluviales con que el río y el mar están incrementando el delta del río. Los mismos sedimentos son los que originan las obstrucciones de la desembocadura. Si en algunos puntos, especialmente en los primeros kilómetros, o sea en los más próximos al continente, los tajamares tocaron formaciones anteriores a las capas cuaternarias, o bancos de coral, es asunto que el suscrito no podría afirmar ni negar. Posiblemente los proyectistas de la obra o los interventores, hayan recogido datos suficientes para dar una respuesta completa".

Al punto segundo: "Los tajamarés son obras que por su naturaleza quedan situados sobre aluviones nuevos y muy inestables. Están sujetos a que la acción de las corrientes fluviales y marítimas, y los vientos ocasionen sedimentaciones que sepulten la obra y obstruyan los canales que se pretende abrir, o hagan avanzar las barras más allá de las extremidades de los tajamares, o bien a que se produzca el fenómeno contrario, es decir que las corrientes arrastren el piso sbre que descansan, socavándolos y destruyéndolos. La sedimentación dentro de los tajamares hará necesario remover los depósitos estrechando el canal o dragando o recurriendo a esos dos medios. La formación de la barra fuera de los tajamares obligará a prolongar la barra a medida que aquella avance dentro del mar. Las socavaciones harán necesario alejar o atenuar las corrientes que las producen, por medio de espolones, o se podrán defender los puntos atacados colocando rocas pesadas o bloques de concreto. Esto, naturalmente, cuando el fenómeno es gradual y sus proporciones hacen posible la defensa. Un fenómeno de los caracteres y magnitud del que destruyó la extremidad norte del tajamar occidental de Bocas de Ceniza en 1935, no puede ser contrarrestado, ni habría objeto en pretender conservar un tajamar en una profundidad mucho mayor de la que se necesita".

Al punto tercero: "Los 484 metros destruídos estaban asentados sobre arenas que llegaban a una gran profundidad, como lo demostró el hecho de que su rápida desaparición hizo bajar el fondo a 40 metros.

"Voy a permitirme añádir a lo dicho, algunas explicaciones. La construcción de diques o tajamares para encauzar y dirigir la corriente de un río en su desembocadura, se hace necesaria cuando éste arrastra una gran cantidad de detritus que se acumulan obstruyendo su salida al mar. Si no hay aluviones, o si éstos son arrastrados por las corrientes marinas o si son precipitados a grandes profundidades, no se requerirán obras análogas a las de Boca de Ceniza. Por consiguiente, las porciones más expuestas de los tajamares quedarán asentadas, generalmente, sobre lodos o arenas. En tales casos, para prevenir socavaciones causadas por corrientes o asentamientos debidos al peso de la estructura, no se puede pensar en remover los depósitos de lodos o arenas, ni en hacer bajar la base de la obra a tierra firme, pues tal cosa no sería posible, ni aun cuando las capas de esos depósitos fueran de pequeño espesor. En la obra de Bocas de Ceniza, por consiguiente, ni los proyectistas ni los interventores, ni las estipulaciones del contrato hubieran podido exigir que las bases de los tajamares llegaran a capas firmes".

El perito Gómez Tanco adhirió en su ampliación a los anteriores conceptos del perito Pérez, y el doctor Boshell M. los emitió similares. En efecto, el doctor Boshell M. dijo:

"Se puede afirmar que el tajamar occidental reposa sobre un terreno de aluviones blandos, de una composición muy semejante a la de la barra que se destruyó con la obra. Lo mismo se puede decir en lo referente al tajamar oriental....." Y luégo agrega: "Los terrenos que más arriba describimos, en los cuales debía forzosamente apoyarse la obra no se prestaban a la construcción de obras rígidas

de fábrica..... por consiguiente, se eligió la obra que se ha vuelto clásica en esta clase de empresas..... Todas estac clases de obras no son ninguna novedad y se han empleado y se emplean constantemente. Son diseñadas precisamente para terrenos movedizos como el que nos ocupa, y no están por este hecho necesariamente condenadas a destrucción. Necesitan sí ser construídas con especial cuidado y siguiendo las indicaciones de los que tengan experiencia en la materia".

Consideraciones de la Corte

Establecida como quedó la naturaleza jurídica general del contrato, la Corte debe ceñirse a las normas que le son propias para decidir del pleito, y ha de precisar aún más en esta parte del fallo la índole jurídica del convenio.

Según él, la materia para la confección de las obras a que se refiere, entre éstas la de los tajamares occidental y oriental, debía ser suministrada en su mayor parte por la Nación, reduciendo las sociedades constructoras su aporte únicamente a los materiales que el Gobierno no pudiera ofrecerles por carecer de ellos.

La Nación no se desprendió en ningún tiempo de la propiedad de las materias empleadas por los contratistas. Siguió siendo dueña de ellas, y simplemente autorizó su empleo y adaptación en las obras que se harían en terrenos propios, sin modificar el dominio o propiedad que ella tenía sobre los elementos respectivos.

Resulta por ello indudable que tal contrato, en cuanto a la ejecución de las obras sobre apertura de Bocas de Ceniza, tiene para las partes el carácter de un arrendamiento, y en esta condición, la pérdida de la materia suministrada, y lógica y consecuencialmente la de la obra misma, es, según la doctrina de los artículos 2053 y 2057 del C. C., de quien ordenó la misma obra y suministró la materia principal.

Dicen tales disposiciones:

"Artículo 2053. Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

"Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituído en mora de declarar si la aprueba o nó.

"Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

"Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

"El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen".

"Artículo 2057. La pérdida de la materia recae sobre su dueño.

"Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

"Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:

"1o. Si la obra ha sido reconocida y aprobada;

"2o. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra;

"3o. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno".

Lógicamente, por tanto, las materias pérdidas y la obra realizada con las mismas, perecieron para su dueño en virtud de los sucesos acaecidos, y nó para el arrendatario o para quien como este último no tenía el carácter o condición de propietario de las mismas materias y obras. Y al decir la ley que la pérdida de la materia principal recae sobre su dueño, regula también la pérdida, en su caso, de la obra efectuada con aquella materia, porque el mismo artículo 2057 habla de una y de otra cosa, sin distinguir o modificar, para los varios casos, el alcance de la norma.

Aquel principio legal tiene una excepción consistente en la responsabilidad del artífice cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

El señor Procurador, con base en el art. 1730 del C. C. considera que existe en el presente caso una presunción de culpa contra las entidades demandadas; igualmente alega como aplicables al litigio las disposiciones generales del Título 19, Libro IV del C. C., que regulan lo referente a las obligaciones de deudor y acree-

dor en caso de pérdida de la cosa debida.

No es pertinente al pleito la doctrina del artículo 1730 del C. C. ni las otras pertenecientes a aquel Título, por cuanto tienen preferente aplicación para resolver la litis las normas especiales consignadas en los artículos 2053 y 2057 ibídem. En efecto, precisada como ha quedado la fisonomía legal del contrato de mayo de 1933, las obligaciones que de él emanan tienen una regulación especialísima en el Código. No podría la Corte prescindir de ellas para dar aplicación a otros preceptos que, por su generalidad a toda la materia de las obligaciones, tienen necesariamente que ceder ante otras normas que regulan concretamente un determinado género de obligaciones.

Como el señor Procurador, además de dar por sentada la presunción de culpa, enumera hechos que podrían constituírla, como ese relativo a haberse construído la extremidad norte del tajamar occidental sobre terrenos de aluvión y no, como debiera haberse hecho—en su opinión—sobre tierra firme, se hacía imprescindible que técnicos en la materia ilustraran el criterio de la Corte al respecto, y a tal fin se dictó el auto para mejor proveer, a que ya se hizo referencia.

Los técnicos estuvieron de acuerdo en el hecho de que teniendo por objeto la obra de los tajamares transformar el delta del río en un estuario profundo que permita la navegación a embarcaciones de alto bordo, sobre terrenos de aluvión tienen forzosamente que apoyarse los tajamares, donde quiera que se construyan, pues son diseñados precisamente para terrenos movedizos.

Por manera que, tratándose de una construcción de tajamares, no puede imputarse culpa a los constructores por el hecho de haberlos asentado sobre terrenos aluviales.

Dice el señor Procurador que por el hecho admitido por los peritos de la probabilidad de que con el tiempo se reproduzca el obstáculo que quedó removido, llegará a hacerse necesario el tajamar occidental en toda la longitud primitivamente contratada, y que por tanto, la falta de la obra, en la parte desaparecida, causará un perjuicio a la Nación.

El argumento del señor Procurador implica estas afirmaciones: 1ª El tajamar debía ser permanente, de indefinida duración; y 2ª Para tener esa calidad ha debido construírse en terreno firme. El segundo de estos supuestos está ya contradicho en la conclusión correspondiente a que ha llegado la Corte con base en el dictamen de los peritos. El primero resulta sin apoyo en la realidad del proceso, por la circunstancia acreditada de no poderse construír esta obra sino en terreno de aluvión. Los supuestos que sirven de base a las apreciaciones del señor Procurador no se hallan establecidos y por lo mismo sus argumentaciones en este punto carecen de eficacia dialéctica.

Debe dilucidarse ahora si el día 30 de agosto de 1935, fecha en la cual comenzaron los derrumbes del tajamar occidental la obra había sido ya reconocida y aprobada por el Gobierno. Porque, si no hubiera mediado tal reconocimiento, el artífice, según el texto del artículo 2057, no podría reclamar el precio o salario devengado por la construcción. La demanda no hace diferencia alguna entre el valor de los materiales empleados en la obra, y el costo de construcción. Abarca en el pedimento el valor total de esos 484 metros derruídos fijado en la cantidad de 266.200 dólares. Por tanto, aun encontrándose valedera la hipótesis de que el reconocimiento y aprobación de la obra por parte del Gobierno no existió, la Corte no podría diferenciar en su fallo una cuestión que no se le planteó en tal forma en la demanda.

El contrato dice en su artículo 6º que: "En caso de que los ingenieros supervigilantes no hicieren objeción en cuanto a la ejecución de las obras, la inspección que hagan implicará la aceptación de aquellas obras por el Gobierno a medida que avance la obra. Esta aceptación, en manera alguna eximirá a la Compañía de su responsabilidad legal por cualquier defecto que resulte antes de la terminación de las obras y que se deba a cualquier causa que dependa de la Compañía".

Entre las pruebas producidas a nombre de las entidades demandadas se encuentran varios "Certificados de medida" expedidos por el ingeniero supervigilante, como representante del Gobierno, en los que aparece la marcha o progreso de las obras relacionadas con los tajamares hasta llegar el occidental a su punto extremo antes del hundimiento de parte de tal obra, sin que en esos documento se hubiera hecho observación o salvedad ninguna "en cuanto a la ejecución de las obras", lo que implicó su aceptación. En lo referente a la reserva hecha en la misma estipulación, se observa que el asunto se halla planteado sobre el concepto de falta o pérdida de la obra correspondiente, y no de "defecto" de una parte de la misma.

Por lo demás, ya se ha dicho en el presente fallo, los ditámenes periciales libran a los demandados de cualquier imputación de culpa por razón del siniestro ocurrido.

El señor apoderado de las Compañías afirma en forma categórica que la obra de los tajamares "fue entregada oportunamente a los representantes del Gobierno sin observación ninguna de su parte". La Corte rectifica esta apreciación. La obra fue aceptada por el Gobierno conforme a la cláusula 6ª del contrato, en virtud de la inspección que a su nombre hacían los ingenieros supervigilantes y de los certificados expedidos por ellos. Pero tal aceptación no es la entrega. Esta se hizo posteriormente, mas no "sin observación" como lo afirma el señor apoderado, sino con la salvedad de que la Compañía no entregó los 484 metros derruídos y la reserva de reclamar ante la Corte su rebaja, conforme al contrato de 7 de abril de 1937. Con todo, la aceptación de la obra por el Gobierno es suficiente, según el artículo 2057 del C. C., para que el artífice —en este caso los constructores— se coloquen en situación de poder exigir el precio o salario devengado por la confección de la obra.

La Corte considera procedente destacar en este punto la cláusula 7ª del contrato principal que dice:

"La compañía conviene en mantener asegurados por su cuenta y durante la construcción de las obras contra el riesgo de incendio la planta, equipo, materiales, y elementos que por lo regular se aseguran contra incendio, y a mantener asegurados durante el mismo período contra los riesgos de naufragio o daños y averías el equipo flotante que el Gobierno facilite. Los aseguros contra muerte y daños que resulten de accidentes del trabajo sobre todos los trabajadores y empleados pagados por la Compañía serán por cuenta de ésta, la cual cumplirá las leyes nacionales existentes de protección social y sanidad. Los daños no cubiertos por seguros que sufran las obras, el equipo, la maquinaria, materiales y elementos debidos a tormentas, terremotos, u otros actos de la naturaleza, así como los daños que causen una guerra, revolución o motín, serán reparados a costa del Gobierno".

Esta cláusula rige los efectos jurídicos del daño ocurrido por causas naturales en las obras contratadas. Y debe interpretarse de acuerdo con la regla de moral jurídica que impide su aplicación en caso de que un error de conducta del artífice en la construcción de la obra la haya expuesto a la acción destructora de la naturaleza. Pero, como ha quedado esclarecido en la exposición que precede, tal error de conducta no puede presumirse legalmente al tenor del artículo 1730 del C. C., como lo pretende el Procurador, y tampoco quedó establecido en el proceso. Por manera, pues, que aun en la hipótesis de que los razonamientos jurídicos de la Corte no fueran bastantes para fundar un fallo absolutorio respecto de la petición principal de la demanda, la cláusula trascrita la obligaría a ello, ya que en su disposición se prevé a cargo de cuál de las partes contratantes habrían de correr los daños no cubiertos por seguros que sufrieren las obras a causa de tormentas, terremotos u otros actos de la naturaleza.

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que no existe fundamento jurídico para hacer las declaraciones principales del libelo.

La excepción de fuerza mayor o caso fortuito.

Como se relacionó en el acápite referente a las alegaciones del señor apoderado de la parte demandada, éste presentó la excepción perentoria de fuerza mayor o caso fortuito.

La Corte no encuentra pertinente el estudio de dicha excepción, ya que los motivos expuestos constituyen mérito suficiente para negar las pretensiones principales de la parte actora.

La petición subsidiaria

Subsidiariamente impetró el señor Procurador se declarase "que por cuanto que las Compañías demandadas se obligaron a dragar hasta 500.000 yardas cúbicas, y a virtud del deslizamiento del terreno sobre el cual se había empezado a construír el tajamar occidental, por el derrumbamiento de éste y por la fuerza de la corriente encauzada del río, se eximieron de esa obligación, deben reembolsar al Estado de Colombia la suma que dejaron de gastar o invertir por este concepto y cuyo monto se acreditare durante el curso del juicio".

Como base de esta petición se relacionan los hechos 23 y 24 de la demanda.

La Corte observa que el señor Procurador guardó silencio en su alegato respecto a la acción subsidiaria.

En el numeral 3º del Anexo A) del contrato principal se lee:

"Los constructores harán aquel dragado que sea necesario inicialmente para establecer un canal más o menos igual o tan adecuado para una navegación razonablemente segura, como aquel indicado en la 'hoja 50'. Se entiende que la anchura del canal en cualquier punto entre el final de los tajamares y el sitio del terminal, no será menor de 150 metros, con una profundidad mínima de diez metros..... La cantidad máxima de dragado exigible a los constructores no será mayor de quinientas mil (500.000) yardas cúbicas".

La obligación para las Compañías consagrada aquí es, según su tenor literal y la intención que se deduce del contexto, una obligación meramente condicional, subordinada al concepto de ser razonable y necesario el tal dragado para establecer una navegación segura en el canal proyectado.

Como lo afirman los señores peritos en sus dictámenes, las obras realizadas, los sucesos acaecidos de agosto a diciembre de 1935 en las Bocas de Ceniza y los efectos producidos, establecieron una navegación razonable del canal, que era el fin perseguido, y, por tanto, no se hacía necesario el dragado.

Por lo demás, siendo al Gobierno a quien correspondía reconocer o aceptar la presencia de este hecho, así lo hizo, como lo acredita el finiquito otorgado a las Compañías en el contrato de 15 de mayo de 1937.

Dice el artículo 1º de la convención de mayo de 1937:

"Ambas partes declaran que el día 30 de mayo de 1933, el Gobierno celebró un contrato en la ciudad de Bogotá con la Compañía y las Casas constructoras para la ejecución de ciertas obras proyectadas para la canalización de Bocas de Ceniza, la construcción de un puerto provisional marítimo y fluvial en la ciudad de Barranquilla, y para otros fines". Y agregan en el artículo 2º de la propia convención lo siguiente:

"Salvo lo dispuesto en el artículo 6º de este contrato, el Gobierno declara que las obras han sido debidamente terminadas y que la Compañía y las Casas constructoras han cumplido las obligaciones estipuladas en el contrato principal, y en sus suplementales, a excepción de las obras que en seguida se enumeran, cuya ejecución las partes han convenido en posponer, debido a los actuales planes del Gobierno de ampliar el terminal de Barranquilla".

El artículo 6º de tal contrato —citado por el señor Procurador en el hecho 19 de la demanda— nada tiene que ver con el dragado de una parte de las Bocas y se refiere a la reserva que hace el Gobierno de reclamar ante la Corte que se rebaje del precio del contrato el valor de los 484 metros de tajamar no entregados y a la indemnización de perjuicios correspondiente.

En cuanto a la excepción hecha en el citado artículo 2º de las obras cuya ejecución las partes convinieron en posponer, se encuentra en la enumeración hecha únicamente la reserva de "la terminación del dragado en el área donde darán vuelta los barcos, frente al muelle del terminal".

Por manera que, el Gobierno Nacional comprendió en su declaración, cualquiera obligación que hubieran adquirido las Compañías sobre un dragado mayor, o en otros sitios. La Corte no puede deconocer el alcance y la fuerza probatoria que envuelve dicha declaración.

En el contrato bilateral y conmutativo fechado en mayo de 1937 el Gobierno declaró cumplidas por parte de la Compañía y Casas constructoras todas sus obligaciones, con excepción de unas pocas que enumeró expresamente. La Corte, al decidir sobre esta parte del litigio, tiene en cuenta la naturaleza condicional de la obligación y las declaraciones contractuales que se han trascrito.

No prosperan, por tanto, las peticiones subsidiarias del libelo.

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

Falla:

Se absuelve a las entidades demandadas de los cargos formulados en el libelo.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese.

Arturo Tapias Pilonieta—Aníbal Cardoso Gaitán—Juan A. Donado V.—Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

PROPOSICION

Bogotá, marzo 3 de 1941.

Señor doctor Julián Motta Salas, Relator de la Corte Suprema.
E. S. D.

Tengo el agrado de trascribir a usted la proposición aprobada por la Corte Plena en su sesión del día 27 de febrero del corriente año:

'La Corte Suprema, en Sala Plena, estima que la obra que acaba de publicar el doctor Julián Motta Salas, denominada **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**, Volumen 1º del Tomo V, representa una labor científica de alto valor y contiene extractada, comentada y coordinada, con toda exactitud, la jurisprudencia de esta Corte del año de 1930 a 1933 y de 1935 a 1936, lo cual hace que dicha obra pueda considerarse como de consulta.

'La Corte felicita cordialmente a su autor, a quien se le trascribirá por conducto de la Presidencia esta proposición'.

Del señor Relator atento y s. s.,

HERNAN SALAMANCA
Presidente de laCorte.

PROPOSICION

"La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia agradece al señor doctor Antonio Pérez Rincón la dedicatoria que ha hecho a esta Corporación de su libro **Apuntaciones históricas sobre el Derecho Administrativo colombiano — 1784 a 1941**", en que ha recogido sus conocimientos y experiencias de buen servidor público en el ramo de la Hacienda Nacional, y le envía un voto de aplauso por su obra".

INDICE

Págs.

EDITORIAL — LA TEORIA DE LA LESION EN EL DERECHO COMPARADO, por Bernardo Larrain Vial..... 309

SALA PLENA

DECRETO ACUSADO NUMERO 2310 DE 1938. — DESISTIMIENTO DE ACCIONES DE CARACTER PUBLICO.— Se declara que no habiendo quedado vigente ninguna de las disposiciones del decreto acusado, nada hay que resolver sobre el particular por sustracción de materia. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado..... 328

DECRETOS ACUSADOS NUMEROS 658 Y 2474 DE 1936.—Se declara que no es el caso de fallar la demanda sobre inexequibilidad de los mencionados decretos. Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre 332

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE PETICION DE DOMINIO—SUFICIENCIA DE TITULOS. No se casa la sentencia de 8 de abril de 1940, del Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga contra José Ramos, sobre dominio de unos derechos y acciones en una sucesión. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 335

ACCIONES DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS Y DE REIVINDICACION—BIENES PROPIOS DEL CONYUGE Y BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CONFORME A LA LEY 28 DE 1932.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha 16 de febrero de 1940, en el ordinario de Luis Carlos Campo contra Bertilda Campo de Jaramillo, Melva Campo de Tobón y otros, sobre nulidad de unos contratos. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 343

PERJUICIOS. — ACCION DE RESPONSABILIDAD POR DELITOS O CULPAS.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de 12 de noviembre de 1938 y se confirma la de primera instancia, en el ordinario de Víctor Castrillón contra Roberto Mesa, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Daniel Anzola 348

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. — ACREEDORES HEREDITARIOS. — FACULTAD DE REPUDIACION DE LA HERENCIA. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 10 de noviembre de 1939 aprobatoria de la partición de los bienes relictos en la sucesión de Tobías Pulido Z. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 355

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. — DOCUMENTO AUTENTICO. ACTAS DE ESTADO CIVIL. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de 23 de noviembre de 1939, proferida en el ordinario de Alcides Fajardo y sus hijos contra Pedro Ignacio Uribe, Adán Bravo y otros. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 358

PETICION DE HERENCIA. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha 6 de marzo de 1940, en el ordinario de Isaac Bucheli contra Concepción Buitrago v. de Hernández. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 367

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—DOCUMENTOS REDARGUIDOS DE FALSOS. — PRESUNCION DE AUTENTICIDAD DE UN DOCUMENTO. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 29 de septiembre de 1939, proferida en el ordinario por pesos de María Salazar contra la sucesión de Eugenia Gracia de González. Magistrado ponente, Dr. Daniel Anzola 374

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO. —— EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. — CONTRATOS BILATERALES. — SOCIEDADES ORDINARIAS DE MINAS. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 3 de agosto de 1938, proferida en el ordinario sobre

Págs.

resolución de un contrato, de la Sociedad ordinaria de minas de El Tesoro, representada por su Presidente señor Roberto Duarte, contra Nepomuceno Arbeláez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 381

REIVINDICACION. - IDENTIFICACION DE PREDIOS.—No se infirma la sentencia del Tribunal Snperior de Bucaramanga, de 9 de septiembre de 1939, proferida en el ordinario sobre dominio de un terreno, de Salvador Sierra contra Eulogio Hernández. Magistrado ponete, doctor Isaías Cepeda..... 389

RECURSO DE HECHO. — Se considera bien denegado el interpuesto por Germán Molina Callejas para que se le concediera el de casación contra la sentencia de 10 de julio de 1940, del Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de deslinde de las minas "Resumideros" y "El Cedro". Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 396

ACCION DE NULIDAD RELATIVA DE UNOS CONTRATOS Y OTRAS. EDAD DE UNA PERSONA Y MANERA DE ESTABLECERLA. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 4 de diciembre de 1939 y se confirma la de primer grado, en el ordinario sobre nulidad de un contrato, seguido por Juan José van Meeck, en representación de su esposa Beatriz Pacheco contra Jorge Giraldo Urdaneta. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 398

ACCION DE NULIDAD DE UNOS TITULOS DE MINAS Y OTRAS.-ABANDONO Y REDENCION DE MINAS.— No se casa la sentencia de 5 de octubre de 1938, proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre nulidad de unos títulos de minas, seguido por Bernardo Mora M. y otros contra Ramón Landázuri. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza. 405

REIVINDICACION. — SINGULARIZACION DE UN INMUEBLE. — PRUEBAS. — IDENTIFICACION DE PREDIOS.—No se casa la sentencia de 9 de marzo de 1940 pronunciada por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre dominio de un terreno seguido por Rosa Jarrín viuda de Sierra contra Orfelina Revelo viuda de Alomía. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 413

ACCIONES SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO Y SOBRE CONCLUSION DE UNA CUENTA CORRIENTE. PLAZO Y CONDICION. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, de 30 de noviembre de 1939, proferida en el ordinario por pesos seguido por Julio A. Añez & Cía., Sucesores, contra la sociedad mercantil colectiva "Cristo Vélez & Cía." Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 422

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 13 de diciembre de 1939, pronunciada en el ejecutivo con tercerías coadyuvantes de Julio Cifuentes B. contra Miguel A. López Maldonado. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 432

PERJUICIOS — TEORIA DEL RIESGO. TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. CULPA DE LA VICTIMA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de 27 de febrero de 1940, en el ordinario por perjuicios de Floresmindo Obando contra el Municipio de Santa Rosa de Cabal. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 437

ACCION DE ENTREGA DE UN DOCUMENTO. — POSESION DE TITULOS. REMISION. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 8 de agosto de 1939, proferida en el ordinario de Carlota Jaramillo v. de Arango contra Benjamín Arango. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 444

SE ORDENA EL CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA. — Se declara que tiene plen o efecto en Colombia la sentencia dictada por el Tribunal Civil de Primera Instancia de los Bajos Pirineos, el 23 de enero de 1929, por la cual se decretó la interdicción judicial de Ernesto Mallarino Borda. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 453

ACCION DE REVISION DE UN JUICIO EJECUTIVO Y DE NULIDAD.—MANDATARIO. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de 2 de febrero de 1940, proferida en el ordinario sobre revisión de un mandamiento ejecutivo, de Abigaíl Burbano contra Carlos Melo Gálvez. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola . 457

PERSONERIA SUSTANTIVA Y ADJETIVA.—No se casa la sentencia de 2 de abril de 1940, proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre nulidad de un contrato seguido por Carlos A. Cifuentes contra Anto-

Págs.

nio Amar. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 467

ACCION PARA QUE SE DECLARE EL DOMINIO DE UN CREDITO—AUTOS PARA MEJOR PROVEER.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 26 de abril de 1940, proferida en el ordinario de Arturo Posada Ucrós contra la sucesión del señor Jorge Salgado Gómez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 470

ACCION DE PERJUICIOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 1º de marzo de 1940, proferida en el ordinario de Alejandrina Paredes viuda de Rodríguez contra la Cía. Eléctrica Industrial del Quindío. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 474

REIVINDICACION. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de 31 de marzo de 1939, proferida en el ordinario de Octavio Rincón contra Antonio María Rincón, sobre rescisión de un contrato. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 478

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 28 de febrero de 1940, proferida en el ordinario de Andrés Ortiz contra Lisandro y Abel Gómez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 484

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — SOCIEDADES DE MINAS. TECNICA DE CASACION. — PRESUPUESTOS PROCESALES.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de 16 de octubre de 1939, proferida en el ordinario de Otoniel Sánchez contra Maximiliano, Moisés, Faustino y Manuel Guerrero. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.... 487

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME. PRUEBAS TESTIMONIAL Y PERICIAL Y SUS DIFERENCIAS. MEDIO ARITMETICO. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 22 de agosto de 1939, proferida en el ordinario de Emilia Torres de Velikanych contra Alberto Lineros. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 493

ACCIONES DE NULIDAD Y DE REFORMA DE UN TESTAMENTO. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de primero de diciembre de 1939, proferida en el ordinario de María Agudelo de Gómez y Ramón Cifuentes contra Máximina Ramírez de Alvarez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 496

RECURSO DE CASACION. — Se concede el interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué de 14 de septiembre de 1940, en el ordinario de Argemira Guzmán contra la sucesión de José Antonio Padilla. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 503

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO Y OTRAS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 20 de octubre de 1939, proferida en el ordinario de José Alejandro Ayala contra el Sindicato de la Aguja. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. 504

ACCION SOBRE DECLARACION DE INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, 29 de mayo de 1940, proferida en el ordinario de Eva Feldman contra la "Sociedad Colombo-Alena de Transportes Aéreos" (SCADTA). Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. 507

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACIÓN. — Se concede el recurso de hecho interpuesto contra el auto de 26 de octubre de 1940, proferido por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre nulidad de un testamento intentado por Jesús María, Valentina y Adelaida Cano contra Benigno Cano Arrigui y Samuel Agustín Tobar. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 512

ACCION PETITORIA DE INEXISTENCIA DE UNA OBLIGACION. CAUCIONES PARA EMPLEOS DE MANEJO.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de 11 de abril de 1940, en el ordinario de Luis Felipe Orozco contra el Municipio de Anserma. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 514

ACCION DE PERJUICIOS. — MINAS.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 14 de junio de 1940, proferida en el ordinario de Estanislao Barrientos, como presidente de la sociedad minera de Riochico, contra José Angel Lopera. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 519

ACCION REIVINDICATORIA Y OTRAS. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de 10 de abril de

Págs.

1940, proferida en el ordinario de César M. Díaz contra Diva García v. de Bahamón y Arcesio Bahamón G. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 522

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO NUMERO 162. — Se emite concepto favorable al cambio de radicación del sumario sobre los sucesos criminosos ocurridos en Gachetá el 8 de enero de 1939 527

CONSULTA DE UN SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO.—No se revisa el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Santa Marta con fecha 28 de septiembre de 1939, a favor del doctor Aquileo Osorio por cargo de responsabilidad como juez de tierras de Ciénaga, y se ordena devolver el expediente al Tribunal de su origen. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 529

NO PUEDE SER CONDENADO COMO RESPONSABLE DE HURTO EL PROCESADO A QUIEN SE ENJUICIO POR ROBO.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que impuso la pena principal de ocho años de presidio a Francisco Sabat y Mahomet Alijusept o Mahomet Ali Eff Juseff por el delito de hurto, y en su lugar se ordena reunir nuevo jurado. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 531

NO ES DELITO INSTANTANEO EL RAPTO.—Se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que confirmó la del Juez 2º Superior de allí, condenatoria de Justo Pastor García. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 534

HOMICIDIO EN EL ACTO MISMO DE RECIBIR INJURIA GRAVE.—Se infirma la sentencia de 14 de junio de 1940 del Tribunal Superior de Pipayán en el proceso contra Zacarías Meneses por homicidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 538

IRREGULARIDADES EN EL SORTEO DE JURADOS.—Se invalida la sentencia de 16 de junio de 1939 del Tribunal Superior de Tunja en el proceso por homicidio seguido a Félix Antonio y Daniel Fino Maldonado. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 541

VALOR DEL VEREDICTO EXPLICADO EN RELACION CON LOS CASOS DE HOMICIDIO QUE EL CODIGO PENAL DE 1890 DENOMINABA "MENOS GRAVES"—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de 25 de julio de 1939, que impuso a María Pérez Monroy la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Juana María Giraldo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 543

UNIDAD DE LA LEY PENAL—RETROACTIVIDAD DE LA LEY PERMISIVA O FAVORABLE—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 10 de febrero de 1940, que condenó a Víctor M. Díaz a pena de presidio por homicidio voluntario. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 546

SALVAMENTO DE VOTO del doctor José Antonio Montalvo, a la anterior providencia 550

NO SON CONSULTABLES LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DICTADOS POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES.—No se accede a reponer el auto de 3 de junio de 1940 en el cual se declaró inhibida la Corte para resolver acerca de la consultabilidad del sobreseimiento definitivo que en favor del doctor José C. Gutiérrez profirió el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 553

HOMICIDIO COMETIDO EN CONCURSO RECIPROCO. MUERTE DE LA VICTIMA CAUSADA POR UNA SOLA PUÑALADA. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona de 30 de marzo de 1940, que condenó a Ramón Pabón y a Gilberto Rizo Vanegas a pena de presidio por la muerte de Diego Arenis. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. 555

LA REFORMA PENAL. LOS JUECES NO PUEDEN DEJAR DE IMPONER LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PRETEXTANDO INCONVENIENTES DE ORDEN PRACTICO. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de 27 de junio de 1939, que condenó a Luis Felipe Giraldo a pena de presidio como autor de un homicidio. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. 559

INTERPRETACION DEL ARTICULO 74 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — Se declara que no está impedido el Magistrado doctor Julio Ernesto Forero para conocer de la

Págs.

causa contra Miguel Cruz Abadía. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto 562

INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES JUDICIALES CON CARGOS DE MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS. — Se sobreseé definitivamente en favor del doctor Luis A. Velasco Villaquirán por los cargos que le hizo el doctor Miguel A. Orozco en denuncio de 2 de enero de 1940. Magistrado ponente, doctor Absalón Fernández de Soto. 564

TEORIA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA LEY PENAL CUANDO SE TRATA DE ESCOGER PARA EL REO LA FAVORABLE. — No se invalida el fallo del Tribunal Superior de Pamplona que condenó a Simeón Riomaña a presidio por el delito de robo. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre.... 569

SALVAMENTO DE VOTO del doctor José Antonio Montalvo a la anterior providencia. 573

APLICACION DE LA LEY FAVORABLE. No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 11 de octubre de 1939, que condenó a Pablo Emilio Ochoa a pena de presidio como responsable de la muerte de Rubén Londoño. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 576

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES. — Se ordena devolver el expediente al juez ejecutor en el ejecutivo de la Nación contra Alberto Escobar Camacho, Diego Silva Parra y otros. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 580

CUPONES DE DUDA. — Se confirma el auto ejecutivo dictado por el Tribunal Superior de Medellín el 26 de julio de 1938, en el ejecutivo de José Luis Molina contra el Departamento de Antioquia. 582

CAUCION. — Se dispone que la Nación está obligada a prestarla en el posesorio que contra ella adelanta el R. Padre Fray Alberto Ariza, como representante de la comunidad dominicana..... 585

EXCEPCIONES. — Se declaran no probadas las propuestas en el ejecutivo por pesos de la Nación contra Honorio Fuentes y Faustino Camacho R. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V.... 587

DOCUMENTO PUBLICO. — Se revoca el auto de 25 de junio de 1940, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de lanzamiento que adelanta Roberto Fernández contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 591

REPRESENTANTE DE LOS DEPARTAMENTOS EN EL CAMPO CONTRACTUAL. REQUISITOS PARA LIBRAR EJECUCION. — Se confirman los autos de 19 de abril y de 6 de junio de 1940, proferidos por el Tribunal Superior de Pasto en el ejecutivo de Clemente del Mónaco contra el Departamento de Nariño. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapia Pilonieta. 592

CAUCION DE SANEAMIENTO. — Se revoca el auto de 31 de julio de 1939 del Tribunal Superior de Medellín, en el ejecutivo seguido por José Luis Molina contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 596

LIQUIDACION DE PERJUICIOS. — A QUIEN CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA EN ESTOS INCIDENTES. DICTAMEN SOBRE LIQUIDACION DE PERJUICIOS. — Se reforma la providencia del Tribunal Superior de Tunja de 3 de junio de 1939 y se fija el monto de los perjuicios que el Departamento de Boyacá debe pagar al demandante señor Gregorio Jaramillo. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 598

PRESCINDENCIA DE PRUEBAS. — Se revoca el auto de 15 de febrero de 1940 del Tribunal Superior de Ibagué, en del Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario que el Colegio de San Simón adelanta contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 609

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. — Se revoca el auto de 31 de mayo de 1940 del Tribunal Superior de Tunja y en su lugar se ordena librar mandamiento de pago, en el ejecutivo de Arcadio Martín contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 612

MULTAS. — Se declara bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 16 de septiembre de 1940, por el cual el Tribunal Superior de Bogotá impuso al doctor Eliseo Pinto una multa. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 615

Págs.

SE REPONE UN AUTO ANTERIOR. ACCIONES DE SOCIEDADES. TRASFERENCIA DE ACCIONES NOMINALES. CAUCION DE SANEAMIENTO. — Se revoca el auto proferido por la Sala de Negocios Generales el 29 de octubre de 1940, en el ejecutivo de José Luis Molina contra el Departamento de Antioquia. 617

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACCION DE PERJUICIOS. CONTRATOS PARA LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL. DOCTRINA JURIDICA SOBRE ELLOS. — Se absuelve a los demandados en el ordinario de la Nación contra la Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A., la Raymond Concrete Pile Company y la Wiston Bros. Company, representadas por Roberto H. Parrish. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.. 620

Págs

PROPOSICION por la cual recomienda la Corte la obra titulada "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tomo V" 634

PROPOSICION de agradecimiento al doctor Antonio Pérez Rincón 634

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

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

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

TOMO L | Marzo, Abril y Mayo de 1941. | Nos. 1966, 1967 y 1968

HOMICIDIO CONCAUSAL, ULTRAINTENCIONAL Y CULPOSO

POR CAMPO ELIAS AGUIRRE

En las formas agravadas del homicidio (el asesinato, por ejemplo) y en el caso común de ese delito (el que se llamaba simplemente voluntario), han de concurrir como condiciones esenciales estos dos elementos: relación de causa a efecto entre el acto u omisión homicida y el fenómeno muerte, y animus necandi *o propósito de matar.*

De tal manera que cuando falta alguna de dichas estructuras el homicidio es concausal *o es* ultraintencional *o es* culposo.

El homicidio concausal se caracteriza porque la muerte no sobreviene en calidad de consecuencia y efecto natural de los medios que pone en práctica el agente con la intención de quitar *la vida, sino por el íntimo concurso de dos factores: la lesión* no mortal *y un hecho preexistente o superviniente.*

Es ultraintencional el homicidio cuando el agente mata habiéndose propuesto ocasionar no más que una lesión personal diversa de la muerte.

Y el homicidio culposo es aquel en que el óbito de una persona lo motiva otra por imprudencia, impericia o negligencia.

Carece el homicidio concausal del elemento básico en virtud del cual la supresión ilegítima de una vida humana es el sólo *efecto, natural o necesario, de la causa que puso en juego el agente criminal, con propósito homicida.*

Y los homicidios ultraintencionales y por culpa no contienen en sí,

pues lo rechazan, el animus necandi *u* occidendi.

HOMICIDIO CONCAUSAL

Esta figura jurídica no la traía el C. P. colombiano de 1890, *el cual, en su artículo* 619, *exigía término perentorio para el óbito (dentro de los sesenta días que sigan a la lesión) y que éste sobreviniera "por consecuencia y efecto natural de las heridas, golpes o violencias". De modo que si faltaba una cualquiera de esas condiciones el homicidio dejaba de serlo para mudarse en simple delito de heridas, como lo disponían los artículos* 620 *y* 621. *Y así la muerte de un sujeto por concurso de la lesión* no mortal *y de otro motivo preexistente o subsiguiente no se consideraba homicidio.*

Pero el C. P. colombiano de 1936 *sí contempla el homicidio concausal en el artículo* 366, *que dice: "Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjese sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá ser disminuída hasta en la tercera parte".*

Para el análisis que sigue, nótese que la única concausa es la sobreviniente que depende de la actividad de la víctima o de un tercero. Por ejemplo, infección de la herida por obra del propio herido o del médico que lo atiende. Y aun cuando el artículo 366 *habla de* actividad, *es indispensable entender tal vocablo no sólo en el sentido de* acto *sino también en el de* omisión, *como la concausa que se derivaría de un descuido del lesionado o de otro que lo asista en función v. g. de enfermero o de médico.*

Más claro era el artículo 313 *del C. P. de* 1922 (*Ley* 109 *de ese año, Código de Concha) que rezaba: "Si en los casos previstos en los artículos precedentes, la muerte no hubiere sobrevenido sin el concurso de circunstancias preexistentes ignoradas del culpado, o de causas independientes de su acto...", etc., etc., artículo* 313 *que la comisión revisora de* 1923 (*Rafael Escallón, José A. Montalvo, Parmenio Cárdenas, Luis Rueda Concha y Valerio Botero Isaza) modificó así: "Si en los casos previstos en los artículos precedentes la muerte sobreviniere no por consecuencia directa del hecho, sino por circunstancias subsiguientes a él, o por circunstancias preexistentes que el responsable ignorara al tiempo de cometerlo, se aplicará..." etc., etc.*

En semejantes términos a los que empleó la comisión de 1923, *está concebido el artículo* 322 *del C. P. uruguayo: con circunstancias preexistentes ignoradas por el culpable, o por causas supervinientes.*

En qué se apoyarán la teoría y las leyes penales para atenuar la penalidad del homicidio concausal? Sencillamente en que el homicidio por concausa no alarma tánto a la sociedad como el homicidio común y las formas agravadas de ese delito.

Es palmario que en todo delito hay dos daños: el inmediato, que lo padece el ofendido o víctima, y el mediato que lo sufre el conglomerado social. Y si es cierto que desde el punto de vista del daño inmediato, lo mismo que del punto de vista subjetivo o de la intención (dolo especial, animus necandi), *no hay diferencia entre un homicidio común y uno concausal, también es verdad que esa diferencia sí se presenta o se descubre en el daño mediato, en la alarma social, pues, en el homicidio concausal la contracción del sentimiento de seguridad, la ofensa o daño al sentimiento medio de piedad, son menores que ante el homicidio común.*

El profesor Irureta Goyena se pronuncia contra ese fundamento y dice que si nadie es responsable sino

de lo que en realidad ha hecho, lo natural sería justificar la reducción de la pena del homicidio concausal por "la atenuación del mal de la agresión".

Yo diría, para eludir dificultades y discusiones, que la menor gravedad del homicidio concausal descansa en la menor gravedad del daño que infirió el agente y en la menor gravedad del daño mediato. La defensa social no tiene por qué ser rigurosa cuando la concausa surge.

Los autores de derecho penal y muchos países en sus legislaciones admiten dos formas de homicidio concausal: por circunstancias preexistentes y por causas subsiguientes.

Las circunstancias preexistentes son de tres clases: normales, atípicas y patológicas.

Son normales aquellas que se deben a una particularidad, a un accidente en una función ordinaria del organismo. Ejemplo: un sujeto que acaba de comer y está con el estómago colmado recibe un golpe en el abdomen y muere. En tal emergencia la muerte no es obra exclusiva del golpe sino el resultado concurrente de la lesión y del trastorno debido a la debilitación del órgano por efecto de la digestión.

Atípicas son aquellas que se originan en una anormalidad anatómica del organismo que no influye en el estado de salud. La dextrocardia, por ejemplo. Un sujeto que tiene el corazón a la derecha recibe una puñalada en el costado derecho y cae muerto porque el arma interesó el corazón. Esta circunstancia preexistente, atípica o teratológica (teratología: parte de la historia natural que estudia las anomalías orgánicas y las monstruosidades), que cita el maestro uruguayo José Irureta Goyena, y el ejemplo que él ofrece, los estimo yo no como concausa sino como que darían más bien campo a un homicidio común.

Circunstancias preexistentes patológicas son las que tienen origen en una enfermedad de la víctima. Los libros de medicina legal abundan en casos. Uno es el del sujeto que tiene cavernas pulmonares cicatrizadas; recibe una lesión leve en un pulmón y en consecuencia revive la enfermedad y muere. Otro es el de quien se halla afectado de una degeneración grasosa del corazón; se le infiere un traumatismo en el pecho y por el traumatismo y la debilitación del órgano enfermo, muere. Otro es el de quien padece de un aneurisma en la aorta; una puñalada se le da y muere, porque la punta del arma rompió la bolsa del aneurisma, sin la cual circunstancia habría sido una lesión curable en poco tiempo. Otro: el del epiléptico agredido a puñetazos; los golpes provocan un ataque y muere. Y los casos de hemofilia y diabetes, etc.

No basta que la circunstancia preexistente concurra realmente a producir la muerte; es preciso, además, que el sujeto activo ignore la concausa, porque si la conoce, si sabe de antemano la circunstancia normal, atípica o patológica, eso sería un homicidio común o un asesinato.

Las circunstancias supervinientes o subsiguientes o posteriores son fáciles de comprender.

Recibe un sujeto lesión y es atendido por el médico, pero no observa las prescripciones del facultativo y muere. De haberlas seguido no habría muerto.

Hieren a una persona y ésta, por su cuenta sola, se aplica en ella sustancias que le aparejan una infección que la mata.

Herido un individuo, el médico, por impericia o descuido lo deja fallecer, no siendo mortal la lesión.

Mas hay que advertir que para la admisión de la concausa se necesita

que sea independiente o inconexa con el daño o lesión, pues la peritonitis no evitable, subsiguiente a una lesión en el vientre, no es circunstancia o concausa, porque la peritonitis es inherente a la naturaleza de la lesión y de ésta depende.

Las lesiones circunstancialmente *mortales tampoco abren la puerta a la concausa, como las heridas en despoblado o en lugares en donde no es dable la prestación del servicio quirúrgico o médico,* inmediato *u* oportuno.

No se pierda de vista que la concausa sólo la prevén la teoría y las legislaciones para el homicidio común y para las formas agravadas del homicidio, pero no para el ultraintencional y el culposo.

Se excluye de la concausa el homicidio ultraintencional, porque en éste no hubo intención de matar sino de perpetrar una lesión personal, no más (artículo 365, *C. P. de* 1936), *y queda fuera del homicidio culposo puesto que éste es la resultante de un acto u omisión en que no media intención de dar muerte ni de causar daño alguno, y en que alguien muere por imprevisión de lo imprevisible.*

Y entonces, ¿cómo se juzgarían y reprimirían los casos de los artículos 365 *y* 370 *del C. P. de* 1936 *(ultraintencional y culposo), cuando la muerte sobrevenga por el concurso de la lesión y de una concausa subsiguiente, la única que reconoce la legislación colombiana? Si no se olvida que no existe intención de matar en el ultra intencional y en el culposo, y que en el concausal se necesita tal intención, los casos que propongo se juzgan y reprimen con arreglo al criterio de que la responsabilidad se reduce al daño que efectivamente se hizo.*

Y son ejemplos de lo anterior:

1o. *Un sujeto con el propósito de causar un daño o lesión personal diverso de la muerte infiere el daño o lesión, y el ofendido fallece por acción conjunta de la herida* no mortal *y de una circunstancia subsiguiente. Pues bien: ese sujeto es reo de lesiones personales, simplemente, y no de homicidio ultraintencional; y*

2o. *Un sujeto por imprevisión o mera culpa hiere a otro con un disparo de revólver que se le escapó, y el herido muere por acción conjunta de la lesión no mortal y de un hecho subsiguiente. No hay homicidio culposo sino heridas o lesiones personales culposas que reprime el artículo* 380 *del C. P. de* 1936.

Y a propósito, el doctor Irureta Goyena consigna este caso: "Dos muchachos simulaban un combate, cuchillo en mano, recibiendo uno de ellos un pequeño corte en un dedo. El herido se dirigió inmediatamente a un depósito de aguas sucias, infectadas, se lavó la herida con ellas, sobreviniéndole, a consecuencia posiblemente de tal lavaje, una infección tan grande, que murió algún tiempo después: El fiscal se inclinaba a reprimir el hecho como homicidio culpable. Estaba perfectamente demostrado que no había habido intención de herir ni de matar, que era un juego de muchachos y que, a consecuencia del juego por un acto de imprevisión, había sobrevenido el accidente que dio lugar a la muerte. Yo sostuve que el hecho, de acuerdo con los principios expuestos, tenía que ser reprimido con la pena que correspondía a una lesión leve, que era la inferida en el dedo a la víctima, y para ello me fundaba principalmente en que no existiendo la concausa tratándose del homicidio culpable, el sujeto no podía ser responsabilizado sino por lo que había hecho. Había inferido una lesión leve, por imprudencia, y sólo por una lesión leve de carácter culpable debía legalmente responder ante la justicia".

La teoría de las concausas pre-

existentes ha sido muy combatida por eminentes criminalistas que la repudian desde el punto de vista doctrinario.

Y esa oposición al homicidio concausal por circunstancias preexistentes está fundada en una crítica irrebatible.

En primer lugar, para el legislador, uno de cuyos deberes primordiales es amparar la existencia de las personas, la vida humana no se gradúa ni se mide por el estado de salud, mayor o menor, de un organismo, ni por sus anormalidades ni por sus accidentes ordinarios, y para los fines de la defensa social es lo mismo una existencia en cabal función que una vida afectada de algo que la debilite normal, anormal o patológicamente.

En segundo lugar, lo de las circunstancias preexistentes es cuestión contraria a las orientaciones modernas del derecho penal. Según esas orientaciones el criminal debe ser penado por su idoneidad, por su preparación o aptitud para el delito, aptitud, preparación e indoneidad que es lo que se llama peligrosidad o "temibilitá" entre los italianos. Y así, es obvio que tánto peligro ofrece para la sociedad el sujeto que apuñala a un tuberculoso como el que mata a un atleta en plena salud.

En tercer lugar, no puede negarse con lógico fundamento la teoría de las heridas individualmente *mortales, que son aquellas que, en relación exclusiva con la persona lesionada, tienden el nexo estructural de causa a fecto entre el acto lesionador y el fenómeno muerte.*

Y en último lugar, en la práctica el homicidio concausal por circunstancias o hechos preexistentes, corre el riesgo de que degenere en un homicidio ultraintencional, si el reo o la defensa explotan el alegato de que no hubo intención de matar.

En el derecho francés no se acepta la concausa sino cuando es subsiguiente, y a subsiguiente la limitó el C. P. colombiano de 1936, *de donde se desprende la verdad axiomática de que, bajo la vigencia de ese Código, el homicidio por concausa preexistente sería o es un homicidio común, o un asesinato, según el caso.*

Y habrá homicidio concausal por concausa concomitante? *Creo que no se puede admitir, por más que los autores de derecho penal estén conformes en que se apliquen los principios concernientes a la concausa.*

Ejemplo. Un sujeto se encuentra con otro, que es su enemigo, y éste va a caballo. El primero le dispara al segundo un tiro de revólver, con intención de matarlo, y la bestia se asusta y derriba al jinete, el cual muere. Pero se comprueba por los médicos legistas que la herida no era mortal y que el óbito se originó del balazo y de la caída del caballo. Como se ve, la caída de la cabalgadura concurrió como hecho concomitante con la herida, pero no es él ni puede ser homicidio concausal. Qué habría, entonces? Afirmo que simplemente tentativa de homicidio, verdad que no se discute frente a la nueva legislación penal de Colombia.

Los autores extienden la concausa a un caso que sí es frecuente: recibe un sujeto varias heridas de más de una persona y ninguna de las lesiones es mortal, pero la suma de ellas acarrea la muerte como efecto natural o como resultado necesario.

Cómo, pregunto, hablar allí de concausa, en el sentido técnico de la palabra? Con acuerdo previo o sin él, la acción conjunta de los agresores sitúa a éstos en la categoría de coautores de un homicidio común o de uno agravado, siempre que en cada uno haya habido intención de matar, pues si no existió dicha intención, lo que surge es un homicidio

ultraintencional en el que no cabe jamás la concausa, en tesis legal, aserto ya demostrado.

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL

El homicidio ultraintencional o preterintencional nace de un dolo eventual que es la inconexidad entre el efecto y el acto, porque a éste lo sobrepasa el efecto, siempre que concurra el segundo elemento estructural que es la relación de causa a efecto entre el fenómeno muerte y el acto que realiza el homicida.

De tal suerte que en el homicidio ultraintencional el único elemento fundamental que falta o que no puede coexistir es el tercero: el animus necandi, *porque precisamente lo que el sujeto activo tiene intención de ejecutar es un daño diverso de la muerte.*

Dice el artículo 365 *del C. P. colombiano de* 1936: *"El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otra, incurre en la sanción establecida en el artículo* 362, *disminuída de una tercera parte a la mitad".*

Y el artículo 589 *del C. P. colombiano de* 1890 *apellidaba* involuntario *al homicidio ultraintencional.*

Como algunos autores hacen consistir el homicidio ultraintencional en que la muerte, consecuencia de la lesión, no ha sido prevista, pudiéndolo haber sido, y como el homicidio culpable o culposo también se caracteriza porque no se previó la muerte siendo susceptible de previsión, para deslindar ambas nociones digamos una regla general que puede tener, y tiene, sus excepciones: el homicidio es ultraintencional cuando la muerte sobreviene como resultado de un ataque a la integridad personal, y el diferente desde el punto de vista jurídico, o de una lesión de derecho que no constituya un atentado a la integridad personal.

Ejemplos:

1o. *X está examinando un revólver y por falta de precauciones se le escapa un tiro y mata a una persona. Homicidio culposo que dependió de un acto indiferente en el plano jurídico.*

2o. *X corre por una calle en automóvil a velocidad mayor de la permitida, y atropella a una persona la cual fallece. Homicidio culpable que se origina en una lesión de derecho que no es ataque a la integridad personal: es la violación de una orden administrativa que obliga a disminuir la velocidad en algunos lugares.*

3o. *X le da a N un puñetazo sin intención de matarlo, pero la muerte se deriva del golpe en relación estrecha de causa a efecto. Homicidio ultraintencional como agresión a la integridad personal de N.*

La regla anterior enunciada y que el profesor Irureta Goyena sienta como absoluta, dije yo que tiene sus excepciones, y éstas se presentan en algunos casos de homicidio culposo en que hubo ataque a la integridad personal, así: X, en riña con N, le asesta al último un golpe de garrote en un brazo, y el golpeado se cae, y al caerse el choque de la cabeza contra una piedra del pavimento determina la muerte. Et sic de ceteris. *Ese y sus análagos son homicidios culposos por falta de previsión de lo previsible y porque no concurre el elemento o relación de causa a efecto entre el acto de X y la muerte de N, a pesar de que hubo agresión a la integridad personal. Lo que pasa, sencillamente, es que en el homicidio ultraintencional el ataque a la integridad personal es el causante* directo *de la muerte, y en el homicidio culposo es medio u ocasión* indirecta.

Y podrá compaginarse el homicidio ultraintencional con la previsión

de la muerte como posible o como probable? Quién con la intención de causar un daño o lesión personal ocasiona la muerte de otro, habiendo previsto la muerte como posible o como probable, cometerá sólo un homicidio ultraintencional? El problema es grave y difícil de resolver, aunque yo creo que el homicidio así perpetrado es un homicidio común, porque prevista la probabilidad o la posibilidad de la muerte, se han aceptado por el agente todas las consecuencias, y aceptadas éstas es como si se hubieran querido, como si fuese indiferente para el lesionador un daño o la muerte.

"En todos aquellos casos en que la muerte no haya podido ser prevista, no hay ni siquiera homicidio ultraintencional", asegura el maestro Irureta Goyena, afirmación que no consulta la realidad científica del homicidio ultraintencional, cuyas condiciones de existencia jurídica se cumplen siempre aun cuando sea la muerte de imposible previsión: es suficiente y basta el propósito de dañar, sin ánimo de matar, sobreviniendo la muerte por efecto natural y directo del daño, aunque esa muerte hubiese sido imprevisible.

Por qué el artículo 365 *del C. P. colombiano de* 1936 *relaciona la pena del homicidio ultraintencional únicamente con el artículo* 362 ibidem, *que trata del homicidio simple o común, y no también con la forma agravada del homicidio-asesinato que reprime el artículo* 363 *de la misma obra?*

En la legislación penal italiana el homicidio ultraintencional, lógicamente se extiende al homicidio común y a sus formas agravadas. En la colombiana y la uruguaya tan sólo se reprime el ultraintencional con la pena del homicidio simple, reduciéndola en parte.

No veo la razón para circunscribir la pena del homicidio ultraintencional al caso del artículo 362 *y no referirla. también, a los casos del artículo* 363, *porque no puede ser lo mismo, no lo será jamás, matar ultraintencionalmente a un particular que a padre o madre, abuelos, descendientes, hermanos, etc.; no parece ser lo mismo matar ultraintencionalmente de un balazo a un hombre, que matarlo ultraintencionalmente con veneno o con incendio.*

Si X le propina a su padre una puñalada, sin ánimo de matarlo, y lo mata, ese homicidio ultraintencional tiene la pena del 362, *disminuída de una tercera a la mitad, como la tiene igualmente el reo de un homicidio ultraintencional en una persona extraña. No es más grave lo primero que lo segundo?*

Si X le da veneno a N con ánimo de lesionarlo, no más, y le causa la muerte, ese homicidio ultraintencional, ese asesinato de ultra-intención, es naturalmente más grave que el matar ultraintencionalmente con arma de fuego o con arma blanca, y, sin embargo, no es la pena del 363 *la que se aplica, disminuída, sino la del artículo* 362, *rebajada.*

La pena, en suma, del homicidio ultraintencional debería ser en relación con el homicidio común y con el asesinato.

Ya vimos atrás que el homicidio ultraintencional es incompatible con la figura denominada homicidio concausal, precisamente porque en el homicidio concausal hay intención de matar y no la hay en el ultraintencional. Sin embargo, una persona a quien un sujeto le infiere una lesión, animus nocendi (*no* necandi), *puede morir por efecto de la lesión y el concurso de una causa preexistente o subsiguiente. Qué sucedería, entonces? Que faltando, para ser ultraintencional el homicidio, la relación de causa efecto, entre el acto y la muerte, la concausa hace degenerar el ho-*

micidio en lesiones personales, no más, lo que antes había explicado.

Plantean los autores la cuestión de si la ultraintención es compatible con el homicidio en riña y con lo que los italianos llaman complicitá corrispettiva.

Para dilucidar el problema copio los artículos 384 *y* 385 *del C. P. de* 1936.

El 384 *reza: "Cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".*

Y el 385 *dice: "En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad".*

El homicidio en riña (el del artículo 384*) admite la ultraintención, cuando es posible probar que el agente no tuvo sino la intención de herir, de suerte que la pena sería la del artículo* 365 *rebajada de una cuarta parte a la mitad. Es decir: la pena del* 362, *disminuída de una tercera a la mitad, se rebaja de nuevo de una cuarta a la mitad.*

El homicidio en concurso (el del 385*), así mismo admite la ultraintención: varios sujetos pueden concurrir en la muerte de una persona; y si se ignora quién es el autor, y si faltare la intención de matar, la pena del* 365 *que es la del* 362 *disminuída de una tercera a la mitad, es la que se aplicaría, disminuyéndola otra vez en la proporción del artículo* 385.

El homicidio ultraintencional no tiene tentativa. La tentativa sólo se concibe en los delitos en que el sujeto va a la agresión con una intención determinada. Cuál es el designio en el homicidio ultraintencional? Causar un daño distinto de la muerte; luego si no se causa el daño no existe tentativa de ultraintencional, ni aun realizándose el daño sin que la muerte sobrevanga.

No se produjo la lesión personal? Entonces ni tentativa hubo de delito de lesiones en el C. P. de 1936, *que no sonsigna el atentado para herir que reprimía el artículo* 658 *del C. P. de* 1890. *Se produjo la lesión personal y no se siguió el fallecimiento del lesionado? Entonces el cargo no es sino el de lesiones personales consumadas, que fue lo que pretendió hacer e hizo el agente.*

Tampoco la frustración es adaptable al homicidio ultraintencional, pues son conceptos que se excluyen a la luz de la sola razón natural, aserto de donde se desprende que menos es posible que haya frustración de lesiones personales, dicho sea de paso.

Y es que la idea de frustración lleva en sí misma, con el artículo 4° *del C. P. de* 1890 *y el* 17 *del C. P. de* 1936, *el requisito* sine qua non *de que se ejerce* todo *lo necesario para la consumación del hecho que no se realiza por circunstancias independientes de la voluntad del sujeto activo.*

Y volviendo a la tentativa no se pierda de vista el principio jurídico, en la legislación, de que ella puede abarcar, y abarca, dos delitos en el homicidio intentado: *tentativa de homicidio y consumación de lesiones personales, siempre que éstas no sean de tal naturaleza que más bien constituyan un homicidio frustrado, caso en el cual, de frustración de homicidio, no se aplica la dualidad delictuosa mencionada.*

El artículo 12 *del C. P. de* 1936 *está concebido así: "Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo* 29, *son intencionales o*

culposas. Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

Y el artículo 370 *de ese Código manda: "El que por culpa cause la muerte de otro, incurrirá en prisión de uno a seis años, multa de quinientos a cinco mil pesos y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio en que se ocasione la muerte, hasta por cinco años".* (1).

El artículo 3º *del C. P. de* 1890 *disponía: "Es culpa la violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria, de la ley, por la cual incurre en alguna pena".*

Y el artículo 613 *del mismo Código decía: "El que por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de alguna arma, equivocación, contravención a las reglas de policía, o por otra causa semejante, que* pueda *y* deba evitar (*subrayo*), *mata involuntariamente a otro, o tenga, aunque involuntariamente, la culpa de su muerte, sufrirá una reclusión de seis meses a dos años".*

Nótese las diferencias de escuela entre las disposiciones sobre la culpa en el Código de 1890 *y las que consigna el Código de* 1936; *de escuela, digo, en cuanto a la terminología, pues el uno define la culpa y el otro se limita a expresar cuándo ocurre ella; el uno habla de involuntariedad y ausencia de malicia y afirma la imputabilidad, y el otro ni siquiera alude a tales elementos; el uno encierra el homicidio culposo en el detalle del artículo* 613, *y el otro le basta con imponer la pena para ese homicidio.*

Pero en el fondo, para el apoyo jurídico de la idea de culpa, ambos Códigos se hallan conformes, desde luego que el artículo 613 *del C.P. de* 1890 *contiene la frase "que pueda y deba evitar", frase que, en resumen, no es sino el concepto de la falta de previsión de lo que es previsible.*

La culpa consiste, pues, en la ejecución o en la obtención de un acto, a consecuencia de lo cual sobreviene una lesión de derecho que no ha sido prevista pudiendo serlo, o que si se previó, el sujeto confió imprudentemente en poder evitarla.

Carrara definió así la culpa: "Es la omisión voluntaria en prever las consecuencias de un acto, posibles o conjeturales".

El maestro alemán von Liszt dice que culpa "es la ignorancia contraria al deber de previsión de las consecuencias posibles y conjeturables de un acto o de una omisión".

Para el criminalista Stoppato la culpa es el empleo de medios antijurídicos que han generado un resultado delictuoso, doctrina que deja por fuera la consecuencia delictiva de las culpas que se derivan de un acto indiferente o lícito, como el de quien examina un revólver, escapándosele un tiro que mata a otra persona.

Según Angiolini la culpa se asienta en el estudio de los antecedentes sociales que rodean el hecho, y de allí sus cuatro categorías de sujetos culpables: a). Los que incurren en infracciones culposas por ausencia de sentido moral o de altruísmo; b). *Los que delinquen por inexperiencia, ineptitud, impericia, etc.; c) Los que incurren en culpa por defectos del mecanismo de la atención o de la asociación de ideas; y d). Los que están afectados por el medio externo, a causa del* surmenage *u obliga-*

(1). La Ley 164 de 1938, en su artículo 1o., modificó el artículo 370 del C. P. de 1936, en el sentido de señalar prisión de seis meses a cuatro años y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio por medio de los cuales se ocasione la muerte, hasta por cuatro años.

ciones que superan su capacidad de resistencia y trabajo.

Todas esas teorías se reducen, al fin y al cabo, bien examinadas, a la previsibilidad.

Y cuál es el criterio de la previsibilidad? Cuándo puede sostenerse que las consecuencias de un hecho son previsibles y cuándo no lo son? Un criterio de diferenciación es que las consecuencias ordinarias de los hechos son siempre previsibles, mientras que las que se separan de la marcha lógica y común de las cosas, o surgen por concurrencia de otras causas, no lo son. Y para decir que las consecuencias no son previsibles, es preciso que en la ejecución de los propios hechos se ponga todo el cuidado que los hombres diligentes suelen observar para eludir la posible violación de un derecho ajeno.

La razón de la previsibilidad de los hechos culposos fúndase en el deber que tenemos no sólo de no atentar contra los preceptos del derecho, directa o indirectamente, sino, también, en el deber de ejecutar los actos propios con todo género de precauciones, para que de nuestros hechos, aun de los inofensivos en sí, no se originen consecuencias perjudiciales para los demás. Este deber de precaución o previsión es cada día más exigible, merced a las condiciones de la vida moderna que pone en manos del hombre formidables fuerzas naturales cuyo manejo imprudente puede producir grandes males. Así, la represión del cuasidelito o hecho culposo de homicidio, que aumenta en proporción alarmante, entraña un marcado y necesario carácter de defensa social.

Hay autores (Almendingen es el principal) que alegan que la culpa no sumistra base jurídica para la sanción penal. Según Almendingen, la culpa denota un vicio de la inteligencia y no de la voluntad. Y dice que el sujeto que comete un homicidio culposo, no lo ha querido, porque si lo hubiera querido incurriría en un homicidio doloso, y no lo ha previsto, porque si lo hubiese previsto se trataría de un homicidio por dolo indeterminado. Y se pronuncia aquel autor por la sanción civil o resarcimiento de perjuicios, rechazando la aplicación de una pena.

Semejante teoría tiene muy pocos partidarios, y la legislación penal para las culpas no la omite ningún Código, por más que los criminalistas difieran en los fundamentos de la represión de la culpa.

Carrara, por ejemplo, afirma que la culpa debe ser reprimida por los mismos principios de la punibilidad de los hechos dolosos. Para Carrara, la culpa no es otra cosa que una modalidad, una forma alotrópica (alotropía, diferencia de forma y propiedades) del dolo. Para que exista culpa es necesaria una omisión voluntaria *de prever.*

La doctrina, aun desde el punto de vista o del método de la escuela clásica, es equivocada, porque si alguien omite voluntariamente *la previsión de las consecuencias de un hecho del cual resultó la muerte de otro, es responsable de esa muerte, como homicidio doloso o intencional. El mismo principio que senté para el homicidio preterintencional con previsión de la muerte.*

Lo que pudiera llamarse voluntario en el homicidio culposo es el acto o la omisión, pero no las consecuencias.

Carmignani, que admite la tesis de Almendingen, de que la culpa es un vicio de la inteligencia, funda la represión del homicidio culposo en la acción ejemplarizante de la pena, que contribuye a despertar la atención y la previsión.

Impallomeni cree lo que sostiene Carmignani.

Y es en la defensa social en lo que debe inspirarse la responsabilidad del homicidio culposo, porque si existe una temibilitá (*peligrosidad*) *fundada en la perversidad, también la hay en la impericia, la ligereza, la falta de previsión, etc.*

Dividían los juristas romanos la culpa en lata, leve y levísima.

Por culpa lata entiéndese la omisión de una prudencia al alcance de todos; por leve la omisión de una prudencia al alcance de los avisados y listos, y por levísima, la omisión de la previsión que únicamente poseen las personas de extraordinarios celo y atención, división que también consigna, para efectos civiles, el artículo 63 *del C. C. colombiano.*

El caso fortuito o fuerza mayor no genera violación de la ley, porque es un accidente que no ha podido ser previsto de acuerdo con la capacidad media normal de los hombres.

La culpa se basa en la previsibilidad, es decir, en el carácter conjetural de las consecuencias, y si un hecho no ha podido ser previsto escapa naturalmente a la noción o a la estructura de la culpa, y cae en el caso fortuito del cual nadie es responsable penalmente.

Irureta Goyena escribe que el único código que establece la irresponsabilidad por caso fortuito es el ruso, pero a más de éste tenemos el C. P. colombiano de 1890 *que la señalaba en el número* 4° *del artículo* 29 *y en el artículo* 614, *y el* 659 *por relación.*

Una gran mayoría de autores sostiene que está fuera de toda responsabilidad no sólo el caso fortuito sino, también, la culpa mínima o levísima, y, al efecto, Carrara razona así: "No hay casos absolutamente puros de fuerza mayor o fortuita; el caso fortuito se presenta siempre más o menos mezclado de culpa. No hay un hecho que se pueda citar como que no hubiera podido ser previsto, por mucho que se aguce el ingenio.... Si no existe lo fortuito puro, si no se puede por un corte limpio fijar la diferencia entre la culpa levísima y la fuerza mayor, lo natural, lo humano, lo racional, es que la culpa mínima se asimile al caso fortuito".

A esas decisivas razones debe agregarse un argumento eficaz de orden jurídico, que trae Impallomeni, quien dice que la ley, para reprimir un homicidio culposo, exige que se cometa una imprudencia, una negligencia, una impericia. Y quiénes son imprudentes? Los que no son prudentes y no los que dejan de ser prudentísimos. Quiénes son negligentes? Los que no son diligentes y no los que dejan de ser diligentísimos. Quiénes son imperitos? Los que no son peritos y no los que dejan de ser peritísimos.

Reprimiéndose, pues, la negligencia, la imprudencia, la impericia, y no la falta de la prudencia y la impericia y la negligencia sumas, *una muerte que se base en un acto o en una omisión que importen culpa levísima, debe estar colocada fuera de la represión penal.*

La culpa puede ser mediata o inmediata. *La mayor parte de los hechos imprudentes, de negligencia o de impericia, determinan el accidente de un modo inmediato, sin la interposición de nuevas causas entre el acto inicial y el efecto, o sea la muerte; pero en algunos casos, entre la imprudencia, la impericia o la negligencia original, y la muerte, se interpone un nuevo acto o una imprudencia nueva.*

Son ejemplos sencillos de homicidio culposos los siguientes:

1° *Examinando un revólver sin las las debidas precauciones, en presencia de otras personas, se va un tiro y*

ocasiona la muerte de una. Homicidio culposo por culpa inmediata;

2º *Corro en un automóvil a velocidad excesiva en una calle y atropello a un transeúnte, que muere. Homicidio culposo por culpa inmediata;*

3º *Dejo un revólver cargado en un lugar accesible, y un niño lo coge, lo maneja sin saber y lo descarga matando a otro niño. Homicidio culposo por culpa mediata; y*

4º *Una dueña de casa olvida un paquete de arsénico en la cocina y la criada, creyendo que es sal común, lo echa a la comida y origina el envenenamiento de una o de varias personas. Homicidio culposo por culpa mediata.*

Y cómo se reprime el homicidio culposo por culpa mediata, o, mejor, a quién se le carga en su cuenta ese homicidio?

Quieren unos que el que cometa la primera imprudencia sea el responsable de los efectos, mediante la máxima "causa causae, est causa causantis". (La causa de la causa es causa de lo causado).

No es jurídica tal doctrina que conduciría al absurdo de reprimir el caso fortuito, fuerza mayor, la muerte que no ha podido ser prevista dentro de las normas de la capacidad de previsión ordinaria del hombre.

Otra doctrina para la represión del homicidio culposo por culpa mediata, es la de determinar previamente si el hecho inicial es causa de la muerte, o condición u ocasión de la misma, y dicen los patrocinadores de esa teoría que la responsabilidad se echa encima del autor del primer acto culposo, si es causa, y no si es condición u ocasión.

Y cuando entre el acto inicial y el fenómeno muerte se interpone un caso fortuito, no hay responsabilidad para el autor del acto inicial, lo que es claro.

Dichos sistemas de represión de la culpa mediata no son aconsejables, porque la verdadera doctrina descansa en los caracteres fundamentales de la culpa: la falta de previsión con la confianza imprudente de poder evitar los efectos nocivos del acto. Y por eso, cada vez que sucede un caso de conexión de causas o sea de culpa mediata, lo que hay que averiguar es quién estuvo en la obligación de prever.

Igual cosa pasa en lo que se llama culpa compensada, que existe cuando al acto imprudente inicial se agrega otro de la víctima, también imprudente.

(De "Estudios de Derecho", órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, editado en Medellín).

SALA PLENA

LEY 146 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1938, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL

La Ley 62 de 1879 constituye título de dominio de la isla de que ella habla a favor del Municipio de Mompós. En presencia de la situación jurídica creada por esa ley, el parágrafo 1o. de la Ley 146 de 1938 consagra un verdadero desposeimiento en beneficio de los ocupantes a título precario que han reconocido de tiempo atrás el dominio municipal de la isla y han pagado al Tesoro distrital determinado canon por concepto de arrendamiento de parcelas situadas en ella. Las relaciones jurídicas del municipio con los ocupantes de la isla han sido circunscritas a las normas de derecho privado, y, por tanto, la alteración de tal relación contractual, operada por el parágrafo 1º de la ley acusada, al convertir en propietarios a los arrendatarios del municipio de Mompós, contraría directamente el texto y el espíritu de los derechos reconocidos por la Carta a los Municipios. Es inexequible, pues, el parágrafo 1o. del artículo 1o. de la ley acusada, y exequibles las demás disposiciones de la misma.

Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El Personero Municipal de Mompós, hablando en nombre de dicho municipio y debidamente autorizado por el Concejo Municipal, en el Acuerdo número 4 de 8 de febrero de 1939, ha pedido a la Corte la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley 146 de 8 de noviembre de 1938 "por la cual se aclara la Ley 62 de 1879, sobre adjudicación de baldíos al Municipio de Mompós y se dictan otras disposiciones", y cuyo texto dice:

"Artículo 1o. Para la adjudicación de los terrenos baldíos cedidos al Municipio de Mompós, por medio de la Ley 62 de 1879, en el parágrafo 4o. del artículo 1o., no son necesarias las formalidades establecidas en el Decreto del Ejecutivo Nacional número 550 de 1880, en su artículo 2o., y en consecuencia el Gobierno procederá a hacer la adjudicación determinada una vez sancionada esta ley.

"Parágrafo 1o. Los colonos que en el momento de entrar en vigencia esta ley estén explotando económicamente porciones de los baldíos de que trata la Ley 62 de 1879, tendrán derecho a retener, y a que se les adjudique gratuitamente la parte explotada y otro tanto más por lo menos como complemento de la misma explotación.

"Parágrafo 2o. Los derechos que se les conceden a los colonos en este artículo quedan sometidos a la Ley 200 de 1936 y a las demás disposiciones que rigen la materia.

"Artículo 2o. El Municipio de Mompós, procederá a reglamentar la explotación de los terrenos que se les ceden por esta ley, teniendo en cuenta las conveniencias sociales y económicas del país.

"Artículo 3o. Esta ley regirá desde su sanción".

El peticionario indica como violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, sin exceptuar cualquiera otro que la Corte halle igualmente infringido.

La demanda fue admitida y de ella se

corrió traslado al señor Procurador General de la Nación, como lo ordena el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910.

La Procuraduría, después de solicitar información al Ministerio de la Economía Nacional sobre determinadas cuestiones de hecho que la demanda implica, emitió su concepto y a manera de conclusión pide que se declaren inexequibles los parágrafos 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 146 de 1938, como violatorios del derecho de dominio que el Municipio de Mompós ejerce sobre la isla del mismo nombre desde la expedición de la Ley 62 de 1879.

Acoge el señor Procurador la tesis de la demanda consistente en afirmar que la cesión al Municipio de Mompós, hecha por la Ley 62 de 1879, de los baldíos existentes en la isla del mismo nombre, con las excepciones de que allí se habla, fue una cesión de cuerpo cierto y determinado y por lo tanto la Ley 62 constituye para el municipio título y modo de adquisición de la isla en referencia, sin necesidad, por tanto, de la adjudicación posterior del Gobierno ni del cumplimiento por el Municipio de los requisitos a que alude el Decreto número 550 de 1880.

La Ley 62 de 1879, artículo 1o., parágrafo 4o., dijo: "Del mismo modo se ceden al Distrito de Mompós las tierras baldías comprendidas en la isla de aquel nombre. La Municipalidad de dicho Distrito dictará las disposiciones conforme a las cuales deben usarlas los actuales pobladores y los que vayan nuevamente a poblarlas. La disposición de este parágrafo no comprende las tierras baldías que a la fecha de la sanción de esta ley se hayan denunciado como tales y cuya adjudicación se haya pedido legalmente".

Debe estudiarse, como base principal del fallo, si la disposición transcrita reúne los elementos necesarios para que de hecho se realizara la tradición de la propiedad, y en consecuencia, para que el Distrito cesionario adquiriera el dominio absoluto y exclusivo sobre los terrenos cedidos desde el instante mismo en que esa ley entró en vigencia, sin necesidad de otro requisito o formalidad posterior para el perfeccionamiento y validez de ese acto.

Ese requisito o formalidad posterior estaba detallado en el Código Fiscal vigente en el año de 1879, contenido en la Ley 106 de 13 de junio de 1873. Porque tratándose de cesiones in genere, se hacía necesario una adjudicación decretada por el poder ejecutivo, con el señalamiento de los linderos que separasen los respectivos globos de terreno cedidos del resto de los baldíos que continuaban siendo propiedad de la Nación en aquellos mismos parajes, dejando así debidamente determinados los predios cedidos. El Decreto número 550 de 1880 vino a facilitar a varios distritos cesionarios de baldíos el modo de adquirir el dominio de los terrenos cedidos por la ley, reputando perfectos sus derechos de propiedad mediante una adjudicación decretada con todas las formalidades establecidas en el citado Código Fiscal y los decretos ejecutivos vigentes en materia de adjudicación de baldíos.

Esto, en tratándose de cesiones cuyo objeto no se había determinado por la ley misma, como la hecha en el parágrafo 5o. de la Ley 62 al distrito de Tumaco consistente en "quinientas hectáreas de tierras baldías de las comprendidas en la isla del mismo nombre".

Pero la cesión hecha al Municipio de Mompós es diferente, como quiera que su objeto recaía sobre todas las tierras baldías comprendidas en la Isla de aquel nombre y cuya adjudicación no hubiera sido pedida legalmente por nadie a la fecha de la sanción de la ley. En efecto, se determinaba aquí con precisión las tierras baldías adjudicadas, en tanto que en la cesión a Tumaco, que se ha puesto como ejemplo, apenas se concedió el derecho a una adjudicación de cierta cantidad de terreno baldío determinable en un lugar determinado. La norma contentiva de la cesión hecha a Mompós determina y circunscribe su objeto, ya que la Isla de Mompós es de por sí una unidad geográfica, individualizada y precisa y las tierras baldías comprendidas en ella eran

todas las que concreta y específicamente no estaban localizadas en un patrimonio particular. La cesión se refiere a la totalidad de la isla, excepción hecha de las porciones sobre las que se ejercía dominio por personas de derecho privado a la época de la sanción de la ley. Y esta excepción no trocaba en indeterminada la cesión, porque el Estado en todos los actos de esta naturaleza exceptúa expresa o tácitamente los posibles derechos de personas privadas, que pueden alegarse ante el Organo Judicial. La opinión de la Corte se afianza si se considera que la misma ley acusada, que es aclaratoria de la Ley 62 de 1879, declara que para la adjudicación del dominio de las tierras cedidas a la Municipalidad de Mompós no eran necesarias las formalidades establecidas por el Decreto número 550 de 1880.

La Ley 62 de 1879, al ceder los baldíos existentes en la isla de Mompós al Municipio de este nombre, constituye título y modo de tal adquisición, por haber singularizado y determinado la referida cesión. Aunque la ley, en la generalidad de los casos, sea la causa remota del derecho, con todo, en ocasiones ella es el título próximo o único del mismo; lo que acaece cuando el legislador declara una cesión a favor de una entidad de derecho público, siempre que su objeto esté singularizado por su situación y linderos cuando se trata de inmuebles. Otra cosa sucedería si las tierras materia de la cesión no se hubiesen especificado en la misma ley, ya que entonces el tránsito de la propiedad de una persona a otra no quedaría cumplido por la simple expedición de la ley ni con el señalamiento de la región en que se hallaban ubicadas, sino con el cumplimiento de los presupuestos establecidos por el Decreto número 550 de 1880. Pero como en el caso de la isla de Mompós las tierras se hallan precisadas por su situación y límites, la ley constituye por sí sola título perfecto de dominio.

La ley acusada establece en su artículo 1o. lo que la Corte lleva dicho en este fallo y que se desprende de la naturaleza jurídica de la cesión decretada por la Ley 62 de 1879, esto es, que ella constituye título y modo suficientes para la adquisición del dominio de la isla por parte del Municipio de Mompós. La incongruencia aparece manifiesta en el parágrafo 1º de la Ley 146, porque implica el desconocimiento del derecho que ella misma consagra y aclara — aclaración que no era necesaria — al establecer que los colonos que el 8 de noviembre de 1938 estuviesen explotando parte de las tierras adjudicadas por la Ley 62 de 1879 al Municipio de Mompós tendrían derecho a retenerlas y a la adjudicación gratuita de la parte explotada y de otro tanto más por lo menos como complemento de la misma explotación. Tal parágrafo habla de baldíos; ahora bien, los terrenos ubicados en la isla de Mompós dejaron de ser baldíos desde la vigencia de la Ley 62, y entraron al patrimonio de aquel Distrito. Este parágrafo sería constitucional si los baldíos de la isla de Mompós no hubiesen salido del dominio de la Nación. Pero en presencia de la situación jurídica concreta creada por la Ley 62, el parágrafo 1o. de la Ley 146 consagra un verdadero desposeimiento en beneficio de los ocupantes a título precario, que han reconocido de tiempo atrás el dominio municipal sobre la isla y han pagado al Tesoro distrital determinado canon por concepto de arrendamiento de parcelas situadas en ella. Las relaciones jurídicas del Municipio con los ocupantes de la isla han sido circunscritas a las normas del derecho privado, y por tanto, la alteración de una tal relación contractual, operada por el parágrafo 1o. de la ley acusada, al convertir en propietarios a los arrendatarios del Municipio de Mompós, contraría directamente el texto y el espíritu de los derechos reconocidos por la Carta a los Municipios.

Las declaraciones contenidas en el artículo 1o. al ordenar que "el Gobierno procederá a hacer la adjudicación determinada una vez sancionada esta ley" y en el parágrafo 2o. del mismo artículo al disponer que los derechos que se les conceden a los colonos "quedan sometidos a la

Ley 200 de 1936 y a las demás disposiciones que rigen la materia" son inoperantes, porque como ha quedado establecido, la adjudicación de los terrenos baldíos de la isla de Mompós se produjo plenamente por efecto de la Ley 62 de 1879, no viniendo, en consecuencia, la ley acusada a ceder terreno alguno al Municipio de aquel nombre, ni tampoco existen derechos de los referidos colonos que puedan estar sujetos a las leyes agrarias dado que el parágrafo 1o. que los concede no es exequible.

Esas dos disposiciones, la del artículo 1o. y la de su parágrafo 2o., si no inconstitucionales, no agregan ni aclaran absolutamente nada a la situación jurídica concreta proveniente del parágrafo 4o. del artículo 1o. de la Ley 62 de 1879, situación jurídica que sí se desconoce y se vulnera por el parágrafo 1o. del mencionado artículo.

Considera la Corte oportuno relacionar el mandamiento contenido en el artículo 2o. de la ley acusada, al imponer al Municipio de Mompós la obligación de explotar los terrenos cedidos teniendo en cuenta las conveniencias sociales y económicas del país, con lo dispuesto en la Ley 62 que ordenó a la misma municipalidad dictar "las disposiciones conforme a las cuales deben usarlas (las tierras) los actuales pobladores y los que vayan nuevamente a poblarlas".

La Corte no encuentra motivo alguno que justifique una declaración de inexequibilidad respecto a aquel mandamiento, el que, por el contrario, está en un todo ceñido al espíritu y texto de la Carta Fundamental. Debe él considerarse como una simple interpretación de la primitiva ley, ya que a la obligación de explotar en tal forma los terrenos estaría sometido el Municipio aun en el caso de que no se hubiese dado el precepto contenido en el artículo 2o. de la ley acusada.

La Constitución Nacional consagra en su artículo 182 el principio referente a la independencia patrimonial de las secciones. En virtud de él, "los bienes, y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada".

El actor acusa la ley como violatoria del artículo 26 de la Constitución y el señor Procurador considera que la disposición directamente violada es la del artículo 182 que se ha transcrito.

Aun cuando el artículo 26 es de estricta y rigurosa aplicación para los sujetos de derecho privado, mientras que la regla del artículo 182 dice directa y expresa relación con la garantía de los patrimonios de las entidades de derecho público, es indudable que tanto la una como la otra de las normas citadas son infringidas por el parágrafo 1o. del artículo 1o. de la ley acusada, desde que la misma Constitución establece idéntica situación jurídica para los patrimonios privados como para aquellos pertenecientes a las entidades departamentales y municipales.

Resolución:

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación, y en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 149 de la Codificación Constitucional, decide:

1o. Es inexequible el parágrafo 1o., artículo 1o., de la Ley 146 de 1938.

2o. Son exequibles las demás disposiciones acusadas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre — Daniel Anzola — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda — Juan A. Donado V. — Liborio Escallón — Absalón Fernández de Soto — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio.

DECRETO NUMERO 1078 DE 1940 ACUSADO EN SU ARTICULO 3o. COMO INCONSTITUCIONAL

Aunque los Magistrados del Consejo de Estado y de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo forman un cuerpo administrador de justicia y creador de doctrina administrativa, sin embargo, no caben dentro de la definición restricta y enumerativa que legalmente corresponde al órgano judicial y no están, por tanto, amparados por la garantía especial que consagra el artículo 160 de la Constitución, cuyos términos de carácter restrictivo no pueden ampliarse en favor de otros empleados, cualquiera que sea su naturaleza.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, febrero veinte de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

Por medio de libelo fechado el 13 de junio de 1940, el ciudadano colombiano doctor Carlos H. Pareja ha ejercitado ante la Corte Suprema de Justicia la acción pública que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional, para que se declare inexequible por inconstitucional el artículo 3o. del Decreto número 1078 de 1940, "pero únicamente en cuanto comprendió en la rebaja de sueldos recientemente decretada, al Presidente y miembros del Consejo de Estado y a los Magistrados de lo Contencioso Administrativo".

Oído el concepto del Procurador General de la Nación, completamente desfavorable a las pretensiones del actor, procede la Corte a decidir.

Dice así la disposición acusada: "Las rebajas establecidas por el Decreto 1048 de 1940, se hacen extensivas, a partir del 1o. de julio próximo, a los sueldos del Presidente y demás miembros del Consejo de Estado, de la Fiscalía del mismo Consejo, de los Magistrados y Fiscales de lo Contencioso Administrativo y del personal subalterno de todas esas oficinas".

Toda la demanda, con la cita de los preceptos constitucionales que se consideran infringidos por el decreto acusado y el concepto de la infracción, está consignada en el siguiente párrafo: "Tal disposición viola en esos puntos el inciso 2º del artículo 160 de la Constitución que dice: "No podrán suprimirse ni disminuírse los sueldos de los Magistrados y Jueces, de manera que la supresión o disminución perjudique a los que están ejerciendo dichos empleos". Esta garantía cobija a los Magistrados del Consejo y de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, porque éstos hacen parte del Organo Judicial. En efecto; el artículo 52 de la Constitución dice que el Poder Público se divide en órganos así: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; el artículo 53 dice que forman el Legislativo las Cámaras; el Ejecutivo, el Presidente y sus Ministros; y el Judicial, la Corte, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. Como el Consejo de Estado y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no forman parte del Legislativo ni del Ejecutivo, forzosamente deben formarla del Judicial, pues no podrían estar fuera del Poder Público. Antiguamente pudo sostenerse que el Consejo de Estado no hacía parte del Poder Judicial, pero hoy ya no, en virtud de la organización del Poder Público consagrada en el citado artículo 52 de la Carta".

Se funda, como se ve, la demanda de inconstitucionalidad, en la tesis de que

los funcionarios de la justicia administrativa en sus diversas jerarquías hacen parte integrante del órgano judicial del poder público, conclusión a que llega el demandante, no en virtud de un texto legal positivo que así lo defina y consagre, sino por razonamiento eliminativo que lo lleva a ubicar la jurisdicción contencioso-administrativa dentro de la organización judicial del poder público como consecuencia forzosa de no poderla situar dentro de la órbita legislativa ni de la ejecutiva.

No es acertado este criterio de la diferenciación absoluta de funciones que corresponden a los tres organismos en que constitucionalmente se divide el poder público para determinar la situación que realmente corresponde a la actividad jurisdiccional que ejercen el Consejo de Estado y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, que por la diversidad y complejidad de los asuntos sobre que recae participa en algo de la naturaleza de las diversas ramas del poder, como corresponde a sús atribuciones de colaboración y control con los demás órganos constitucionales. De acuerdo, en efecto, con las atribuciones que al Consejo de Estado señala el artículo 137 de la Constitución, le corresponde actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, cooperar con las Cámaras legislativas en la preparación de los proyectos de ley y de códigos y en la proposición de reformas en todos los ramos, y desempeñar, además, las funciones de Tribunal. Supremo de lo Contencioso-Administrativo, fuera de las demás actividades que legalmente le corresponden, como la relacionada con el poder electoral, que no permiten la catalogación exclusiva de esta jurisdicción especial dentro de la nomenclatura constitucional de los órganos del poder. Acorde con la noción y significación jurídica de la justicia administrativa, destinada a buscar un control de legalidad a los actos de la administración estatal, sus órganos jurisdiccionales, dentro de nuestro sistema institucional al respecto, forman en realidad un poder independiente y especial integrado por entidades distintas de la administración misma y de las que otorgan la justicia ordinaria propiamente dicha. No hay duda, desde un punto de vista general que los empleados con jurisdicción de lo contencioso-administrativo forman un cuerpo administrador de justicia y creador de doctrina administrativa, pero que, sin embargo, no caben dentro de la definición restricta y enumerativa que legalmente corresponde al órgano judicial, y que no están, por tanto, amparados por la garantía especial que consagra el artículo 160 de la Constitución, cuyos términos de carácter restrictivo no pueden ampliarse en favor de otros empleados, cualquiera que sea su naturaleza.

Esta cuestión de si los Consejeros de Estado y Magistrados de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso-Administrativo forman parte del poder judicial, llamado hoy órgano judicial, ha sido estudiada por la Corte Suprema de Justicia en diversas ocasiones en que se han acusado ante ella leyes y decretos en que se ordenaba, en unos la reducción del período de los empleados, y en otros la reducción de sus asignaciones, en perjuicio de los funcionarios que ejercían los cargos, y en todos los fallos se ha pronunciado en sentido negativo. Pueden consultarse a este respecto en la Gaceta Judicial las sentencias de 15 de julio de 1915, T. XXIII, página 430; la de 4 de marzo de 1919, T. XXVII página 19; y la de 7 de diciembre de 1925, T. XXXII, pág. 155.

Considera el demandante que esta solución negativa fue fundada para la época en que se pronunciaron las precitadas decisiones de la Sala Plena de la Corte, pero que tal tesis debe modificarse hoy a la luz de la organización del poder público consagrada en el artículo 52 de la Constitución vigente. No se ve la razón de este aserto, porque en realidad el Acto legislativo de 1936 no introdujo ninguna reforma fundamental sobre esta materia, que la diferencie trascendentalmente de

lo que sobre el particular estatuía la Carta de 1886. En ésta, en efecto, aunque no estaba expresamente dicho, también se dividía el poder público en las tres ramas, legislativa, ejecutiva y judicial. La reforma del año 36 fuera de la atenuación que trajo al principio rígido de la limitación y separación de los poderes públicos imponiéndoles una colaboración armónica para la realización de los fines del Estado, se redujo, en el punto en referencia, a establecer que el poder público tiene tres órganos: el ejecutivo, el legislativo y el judicial, pero conservando su manera de integración y sus funciones esenciales. En lo relacionado con lo judicial la modificación se reduce al cambio de la palabra poder por órgano, porque su composición es idéntica en ambas constituciones: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. Por el contrario, ahora es más clara y fundada la tesis que ha sostenido invariablemente esta Sala, porque la ley, a cuyo imperio dejó la Constitución determinar las entidades integrantes del órgano judicial, lo ha hecho en forma inequívoca en el artículo 1o. del Código de Organización Judicial, que dice:

"La administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores.

"En casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales militares, las autoridades administrativas y aun por personas particulares, en calidad de jurados, árbitros, etc., que participan en las funciones judiciales sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya tales entidades, ni a los empleados que las componen, ni a los citados particulares, en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial".

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 149 de la Constitución Nacional y en acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, decide que no es inexequible el artículo 3o. del Decreto número 1078 de 1940 en cuanto comprendió en la rebaja de sueldos establecidos por el Decreto 1048 del mismo año al Presidente y demás miembros del Consejo de Estado y a los Magistrados de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo.

Publíquese, notifíquese, cópiese y envíese copia de esta resolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, archívese el expediente.

Hernán Salamanca — Fulgencio Lequerica Vélez — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda — Juan A. Donado. Liborio Escallón — Absalón Fernández de Soto — Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ARTICULOS ACUSADOS DE LOS DECRETOS NUMEROS 1343 DE 22 DE JULIO DE 1937, SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE MINAS DE ALUVION DE METALES PRECIOSOS, Y 836 DE 11 DE MAYO DE 1938, SOBRE CENSO DE LA PROPIEDAD MINERA — RESERVAS SOBRE PROPIEDAD DE MINAS — INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 24 DEL DECRETO PRIMERAMENTE CITADO

1. Hasta el año de 1905 pudieron ser enajenadas por el Estado las minas de metales preciosos situadas en las riberas de los ríos navegables; pero en ese año, por Decretos números 1112 de 19 de septiembre y 1328 de 16 de noviembre, prohibió el Gobierno hacer adjudicaciones de minas en los lechos de los ríos navegables. Ratificó la misma reserva la Ley 72 de 1910 y la Ley 13 de 1937 estableció la reserva sobre las minas de aluvión de las riberas de los ríos navegables. Naturalmente, los poseedores de minas adjudicadas legítimamente antes de esos Decretos y leyes mantienen todavía hoy incólume su derecho a ellas. — 2. El artículo 24 del Decreto reglamentario número 1343 peca doblemente contra la ley fundamental, porque de un lado coloca bajo la potestad de los órganos administrativos la función de juzgar sobre cuestiones concernientes al derecho de propiedad minera, y de otro, extralimitando la órbita del reglamento, estatuye un ordenamiento de tal trascendencia que equivale a verdadera ley, cuya expedición es de la privativa competencia del legislador, mas no del Gobierno. Ese artículo da al Gobierno una jurisdicción especial no prevista en ninguna ley para dirimir un litigio sobre validez de títulos en el cual el Estado es una de las partes interesadas, e invade así la órbita del Poder Judicial. Ese proceso termina lógicamente en la desposesión por la simple vía administrativa del poseedor cuyos títulos, no alcancen en el concepto del ministerio respectivo a darle la posesión regular. De esta manera el Estado pretermite las respectivas acciones posesorias para recuperar una posesión que él mismo dio a terceros, cuando podía darla, o la acción ordinaria para reivindicar. El poseedor vencido queda así, por obra de una simple resolución ministerial, sin respaldo en la ley, calificado de poseedor irregular con las consecuencias que en lo administrativo le trae esta calificación y por ende obligado a convertirse en demandante del Estado, cuando según el régimen legal que lo ampara es el Estado, si cree tener mejor derecho a la posesión de la mina, el que debe demandarlo por las vías preestablecidas con el fin de hacer declarar los vicios que invalidaban la adjudicación o la reincorporación al patrimonio público de la mina por no haberse pagado satisfactoriamente las respectivas anualidades o no estar la mina redimida a perpetuidad, en armonía con los requisitos legales. Ese artículo 24 le otorga así al Gobierno, por simple disposición reglamentaria, una competencia que por la ley no le pertenece. Esta jurisdicción da al Gobierno, con pretermisión de los trámites que el legislador creó para ello, el poder de juzgar y examinar materias referentes al ramo civil, como el derecho que los particulares aleguen sobre la propiedad minera. Ese artículo viola el 52 de la nueva Codificación Constitucional y el 115 de la misma, y es también violatorio *inmediatamente* del artículo 22. — 3. El capítulo X del Decreto 836 de 1938, a que pertenecen los artículos acusados, no tiene otro objeto que el de hacer posible el le-

vantamiento del censo de las minas pertenecientes a la reserva nacional establecida por medio del Decreto 1328 de 1935 y las Leyes 72 de 1910 y 13 de 1937, tanto para información del Gobierno que de este modo se capacita mejor para su función administradora, como para hacer efectiva dicha reserva nacional, impidiendo, dentro de una obvia atribución constitucional que minas ubicadas dentro de la reserva como cualquier bien fiscal correspondiente a la Hacienda Nacional, fueran objeto de adjudicaciones ilegales y nulas o de explotaciones indebidas o fraudulentas, ya que no basta la simple voluntad nacional de conservar la reserva minera, expresada en la fórmula de la ley, sino que es preciso e indispensable proveer a su realización efectiva, a la debida ejecución de la ley, a lo cual se destinan las actividades y gestiones de las autoridades administrativas de la rama ejecutiva, a que se refieren las diversas disposiciones del Decreto. De esta manera se complementa la función fundamental de la autoridad para proveer a la defensa del patrimonio nacional, sin menoscabo de ningún derecho legítimo de nadie. Los artículos acusados no vulneran ninguno de los artículos de la Carta, con excepción del segundo inciso del artículo 56, pues es evidente que por un Decreto Ejecutivo no se puede autorizar la suspensión de términos que el órgano legislativo haya señalado para el ejercicio de determinadas gestiones, como la de adjudicación de minas conforme al código del ramo.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

(Ponente respecto de la acusación contra el artículo 24 del Decreto número 1343 de 1937, doctor Arturo Tapias Pilonieta; y respecto de la acusación contra el Decreto 836 de 1938, doctor Hernán Salamanca).

En ejercicio de la acción pública que concede el artículo 149 de la Constitución Nacional, los doctores Eduardo Zuleta Angel y Juan C. Molina, ciudadanos colombianos, vecinos de Bogotá, acusan ante la Corte como inconstitucionales a fin de que sean declarados inexequibles los siguientes artículos: 24 del Decreto 1343 de 22 de julio de 1937 y 44, 45, 46, 49, 51, 54, 56, 58, 60 y 61 del Decreto 836 de 11 de mayo de 1938.

Señalan como violadas por los artículos citados las disposiciones contenidas en los artículos 2o., 52, 53, 55, 115 y 148 de la Constitución Nacional.

Razonan en síntesis, así:

Entre los principios fundamentales de nuestro derecho constitucional ha figurado tradicionalmente el de la separación y limitación de los poderes. Es cierto que para rendirle un tributo a las teorías de Duguit el constituyente colombiano de 1936 resolvió cambiar, en los artículos 52 y 53 la palabra "Poder" por la expresión "Organo", pero no es menos cierto que en el fondo conservó en su integridad el aludido principio, como se desprende inequívocamente de los artículos 2o., 52. 53, 55, 57, 115 y 148 de la Constitución Nacional.

Como consecuencia de ese principio, ha formado también tradicionalmente parte integrante de nuestro sistema constitucional la norma de la independencia recíproca de la función jurisdiccional con respecto a las funciones del gobierno y del parlamento, conforme a la cual está vedada toda intromisión del gobierno en el ejercicio del poder jurisdiccional.

De acuerdo con esas reglas superiores, cuando quiera que el legislador colombiano previó el caso de que, con motivo de una actuación administrativa, se suscitaran controversias entre dos particulares o entre un particular y la nación, dispuso que el asunto se remitiera al Organo Judicial del Poder Público para que fuera éste quien resolviera el conflicto.

Para demostrar su aserto citan los demandantes varias disposiciones de los códigos fiscal, de minas y de petróleos, luégo se refieren a la Constitución Americana sobre la delimitación de poderes y vol-

viendo a nuestra Constitución agregan que separación de poderes no implica falta de colaboración, sino por el contrario ésta tiende a asegurar la eficacia de aquélla, por cuyo motivo el constituyente de 1936 declaró que los Organos del Poder Público — legislativo, ejecutivo y judicial — "son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Creado por la Constitución — continúan hablando los demandantes — un poder judicial, a éste le está reservada la misión de **juzgar.** Del principio de la separación de los poderes se deriva la consecuencia de que el parlamento y el gobierno no deben inmiscuirse en las funciones judiciales, sin más excepciones que las correspondientes al conocimiento de los negocios administrativos por parte de una jurisdicción distinta de la judicial y a la intervención del gobierno en la justicia penal.

Todo decreto ejecutivo que desconozca los principios anteriores es inconstitucional. Y si el acto del gobierno implica la concentración de los tres poderes en unas solas manos (como ocurre en los artículos acusados en que el gobierno dictó la ley y se atribuyó la misión de aplicarla y de ejecutar sus propios fallos) resulta un verdadero contrasentido dentro de nuestras instituciones.

"Dictada la Ley 13 de 1937 — que se limitó a establecer que la Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río, pero dejando a salvo los derechos adquiridos,— el Gobierno, primero en el artículo 24 del Decreto 1343 y después en el Decreto 836 se atribuyó la peregrina función de juzgar y decidir todas las controvercias que se suscitaran entre dos particulares y entre un particular y la Nación sobre validez de títulos de adjudicación y sobre propiedad de las minas, ya con motivo de las propuestas de contrato que se formularan en virtud de la Ley 13 de 1937, ya en virtud de la revisión que el propio Gobierno resolvió hacer por su cuenta y riesgo de todos los títulos de adjudicación que con posterioridad a la fecha de la vigencia del Decreto 1328 de 1905 se hubieran expedido sobre minas ubicadas en lechos de ríos así como de los que después del 27 de febrero de 1937 se hubieran otorgado sobre minas de aluvión de metales preciosos ubicados en cauces de ríos o en riberas de los mismos, dentro de un kilómetro a cada lado de sus cauces normales.

"Convertida la Dirección General de Minas del Ministerio de Industrias por obra y gracia de un decreto ejecutivo (artículo 24 del Decreto 1343) en una especie de sucursal de la Corte Suprema de Justicia para fallar, en vista de las pruebas presentadas en cada caso, las oposiciones de los propietarios a las propuestas de contrato para la exploración y explotación de las minas de aluvión ubicadas en los cuaces de los ríos o en riberas de los mismos, siguió, en el Decreto 836 de 1938 por esa misma vía, pero en una forma todavía más grave, porque a la función que se atribuyó de decidir cuestiones sobre propiedad de minas agregó la de ejecutar él mismo sus propias decisiones, desposeyendo de hecho a los titulares que, en sentir de la Dirección General de Minas no hubieran justificado plenamente su derecho de dominio".

Más adelante los demandantes después de resumir el contenido de los decretos acusados, ponen de bulto sus alcances, deduciendo de allí que tales providencias modifican sustancialmente el régimen que el Código de Minas establece sobre la competencia de la justicia ordinaria paya definir las controversias sobre la propiedad y posesión de minas, e igualmente contradicen todas las normas del código civil y del mismo código de minas sobre protección posesoria, por cuanto le atribuyen al gobierno la función de decidir si una mina es o no de propiedad particular y si con las pruebas presentadas se destruye o no la presunción de que pertenecen a la reserva nacional todas las si-

tuadas en trayectos navegables de ríos o en las riberas de los mismos, y la facultad de desposeer de la mina al titular de ella por el simple hecho de que la Dirección General de Minas considere imperfecta la titulación o estime que la adjudicación no ha debido hacerse y que el respectivo título no es válido.

De la demanda de inexequibilidad dióse traslado al señor Procurador General de la Nación para el concepto de regla. En su vista fiscal el señor Procurador sostiene la constitucionalidad de las disposiciones acusadas, menos el ordinal 2o. del artículo 56 del Decreto 836 de 1938, que en su concepto si se debe declarar inexequible.

Preparado así el negocio para fallo, el señor Magistrado a quien pasó el conocimiento de la demanda elaboró el correspondiente proyecto de sentencia cuya parte resolutiva estaba redactada así:

"Son exequibles los artículos 24 del Decreto número 1343 de 22 de julio de 1937, y los artículos 44, 45, 46, 49, 51, 54, 56, inciso 1o., 58, 60, 61 del Decreto número 836 del 11 de mayo de 1938.

"Es inexequible el inciso 2o. del artículo 56 del Decreto 836 de 1938 en cuanto ordena la suspensión de términos establecidos en el Código de Minas".

Sometido el proyecto del ponente a la consideración de la Sala Plena, después de largas discusiones la votación correspondiente empató respecto de los artículos 24 del Decreto 1343, y 46 y 58 del Decreto 836, es decir seis votos favorables a la exequibilidad de esas tres disposiciones, conforme a la tesis del proyecto, y seis votos adversos fundados en que los tres preceptos son inconstitucionales. La Sala aceptó por unanimidad que son constitucionales los restantes artículos acusados e inconstitucional el inciso 2o. del artículo 56 del Decreto 836 de 11 de mayo de 1938.

Hubo así necesidad de sortear conjuez para dirimir el empate. Llamado a esa función el doctor Pedro Alejo Rodríguez, éste votó la inexequibilidad del mencionado artículo 24 y por la exequibilidad de los artículos 46 y 58 del Decreto 836.

La manera como quedó resuelto el problema sometido a la consideración de la Corte, hace necesario que este fallo conste de dos partes, cada una de ellas inspirada en las respectivas tesis con que los magistrados defendieron sus puntos de vista, y por consiguiente redactadas por distinto magistrado.

PRIMERA PARTE

Inexequibilidad del artículo 24 del Decreto 1343 de 22 de julio de 1937.

El decreto, según su epígrafe, reglamenta "los contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional y los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Ley 13 del presente año". (1937).

El artículo 24 dice:

"Si dentro del término señalado (30 días a partir de la desfijación de un cartel anunciando la propuesta de contrato para la explotación o exploración de determinada zona), se formulare alguna oposición debidamente fundamentada, el Ministerio de Industrias y Trabajo, en vista de las pruebas presentadas, decidirá si se suspende o se adelanta la propuesta de que se trata, sin perjuicio de que el interesado vencido haga valer contra la respectiva resolución las acciones de derecho común que sean pertinentes. (Artículo 23, Decreto 1054 de 1932)".

La Ley 13 de 1937 consagra unas disposiciones sobre minas y provee a la revisión del código de la materia.

Las disposiciones sobre minas, que son las que en el decreto tratan de reglamentarse, establecen en síntesis, la primera, que la nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río, y que la explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por

medio de contratos celebrados con el gobierno, los cuales serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la ulterior revisión del Consejo de Estado; el precepto agrega literalmente: "Es entendido que esta disposición deja a salvo los derechos adquiridos conforme a las leyes". La segunda define qué se entiende por río navegable para los efectos de la ley. La tercera fija el canon mínimum que debe estipularse y la mayor extensión longitudinal de zona que puede contratarse. Y la cuarta, establece que la prospectación, exploración y explotación de minas puede ejercerse en todo el territorio de la república con sujeción a las disposiciones legales que regulan la materia, y da además normas generales tendientes a regular las relaciones entre el empresario y los dueños de terrenos, cultivadores o colonos por lo tocante a las indemnizaciones que a éstos correspondan en relación con los trabajos que haya necesidad de adelantar en los respectivos inmuebles.

Aunque el artículo 202 de la Constitución Nacional declaró del dominio fiscal de la república las minas de metales preciosos existentes en el territorio nacional, las ubicadas en los lechos de los ríos navegables, como las demás minas de metales preciosos pudieron ser enajenadas por el Estado, porque no se habían declarado pertenecientes a la reserva nacional.

Pero en el año de 1905 y por Decretos números 1112 de 19 de septiembre y 1328 de 16 de noviembre, el gobierno prohibió hacer adjudicaciones de minas en los lechos de los ríos navegables.

Posteriormente la Ley 72 de 1910 en su artículo 5o. ratificó la misma reserva: "No podrán adjudicarse minas en los lechos de los ríos navegables".

Por último, la Ley 13 de 1937, ya citada, estableció la reserva sobre las minas de aluvión de las riberas de los ríos navegables.

Naturalmente, habiéndose desprendido la Nación de la propiedad de muchas minas dentro de las zonas que posteriormente reservara, las reservas no podían afectar los derechos adquiridos por los respectivos adjudicatarios conforme a la situación jurídica existente en la época en que legítimamente adquirieron la propiedad del Estado. Los títulos de propiedad que el Estado había otorgado con anterioridad a las reservas quedaron así intangibles, amparados por la garantía que les extiende la Constitución Nacional, que hoy como ayer es celosa en la salvaguardia de los "derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas".

Para garantizar el derecho de propiedad de los dueños de minas en los lechos y riberas de los ríos navegables, concedido cuando el Estado podía enajenarlo, no se requería en rigor que la ley 13 en mención advirtiese en el artículo primero que se dejaban a salvo "los derechos adquiridos conforme a las leyes". Bastaba la garantía constitucional. Pero si el legislador expresamente, aun pasando por ser redundante, quiso hablar para dejar constancia de su respeto a los derechos adquiridos por terceros, eso está demostrando el cuidado que puso y debía poner en que a la respectiva declaración de reserva no se le fuese a dar en ninguna forma el sentido de un desposeimiento o siquiera de un debilitamiento de la posición jurídica que ante el Estado tienen los legítimos ocupantes de minas provistos de títulos expedidos cuando eso era dable hacerlo, ubicadas dentro de las zonas posteriormente reservadas e inadjudicables en propiedad. A esos dueños, suponiéndolos en posesión de títulos más o menos perfectos emanados del Estado, no los afecta la reserva de propiedad para el Estado y continúan gozando exactamente de las mismas prerrogativas jurídicas con que venían siendo amparados hasta la expedición de las respectivas leyes.

Así pues los poseedores de minas adjudicadas legítimamente en los lechos o riberas de ríos navegables, situadas dentro de zonas actualmente reservadas, mantienen también hoy incólume su derecho, lo que conduce a reputarlos dueños mientras por las vías legales no sean vencidos

por el mismo Estado. La presunción de ser dueños los está amparando sin que tal prerrogativa con sus naturales desarrollos en derecho haya sufrido mengua a través de las leyes que establecieron las reservas, las cuales, como está dicho, nada tiene qué ver con las minas que rezan sus títulos.

Los altos principios de equilibrio y de control dentro de los cuales se mueve todo Estado de derecho, principios recogidos y consagrados en la Constitución colombiana, impiden que el Estado se convierta en juez y al mismo tiempo parte en los litigios de índole civil relativos a la propiedad privada con particulares. En estos litigios las autoridades administrativas no son aptas para intervenir con autoridad de jueces, porque la Constitución les ha negado la respectiva potestad de administrar justicia fallando sobre las acciones que el Estado crea tener tendientes a modificar en su favor situaciones jurídicas preestablecidas.

Esto sentado, la traducción al reglamento de la Ley 13 de 1937, requería la exacta interpretación del genuino alcance y significado de ésta amén de la fiel observancia del radio propio de la función administrativa, cuyos lindes son obstáculo para que desborde al campo de acción de la justicia ordinaria. Nada que amenguara en lo más mínimo los derechos adquiridos por las adjudicaciones hechas y conservadas anteriormente a las reservas podía estatuír el reglamento, porque no fue el propósito de la ley debilitar esas adjudicaciones, ni del legislador cambiar el órgano natural encargado de fallar las acciones posesorias u ordinarias que el Estado tenga contra esas adjudicaciones.

El artículo 24 del decreto reglamentario número 1343, en estudio, peca doblemente contra la ley fundamental, porque de un lado coloca bajo la potestad de los órganos administrativos la función de juzgar sobre cuestiones concernientes al derecho de propiedad minera, y de otro, extralimitando la órbita del reglamento, estatuye un ordenamiento de tal trascendencia, que equivale a verdadera ley, cuya expedición es de la privativa competencia del legislador, mas no del gobierno.

Si se quiere medir el alcance del artículo 24 en sus lógicas proyecciones, hay que ponerlo en relación con las disposiciones del mismo decreto que lo complementan. No porque sea la única disposición acusada del decreto que la contiene, es permitido examinar literalmente, como una pieza aislada en el vacío sin puntos de contacto con otros elementos. Desde que forma parte esencial de la estructura jurídica que el decreto quiso establecer, hay que ver qué otras piezas del engranaje están estrechamente ligadas a la disposición, al punto de ser desarrollos indispensables de ella, sin los cuales carecería de contenido.

Contemplada la disposición de esta manera, en armonía con el fin que con el decreto en general se busca, es indiscutible que el artículo 27 del mismo constituye un todo inseparable con el artículo 24. Porque aquella disposición prescribe:

"Artículo 27. Para que prospere una oposición basada en el inciso 2o. del artículo 1o. de la Ley 13 del presente año (el inciso 2o. es el que en la ley declara que quedan a salvo en la reserva de minas de aluvión los derechos adquiridos conforme a las leyes), es necesario que el interesado presente en oportunidad el título de adjudicación de la mina expedido con anterioridad al 27 de febrero de 1937, debidamente registrado y a que se refiere la oposición, la comprobación de que el adjudicatario o sus sucesores han conservado sobre dicha mina la posesión regular, y los documentos o pruebas que acrediten la identidad entre la zona o parte de la zona solicitada en contrato y la mina poseída con posesión regular por el opositor. Cuando se trate de minas matriculadas, es suficiente presentar el certificado de matrícula y el de su actual vigencia".

De consiguiente, el reglamento comple-

to de las oposiciones, de acuerdo con el artículo 24 en relación con el que se acaba de transcribir, es el siguiente: Presentada la propuesta para celebrar con la Nación un contrato de exploración y explotación de minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de un río navegable, de las que el proponente asegura pertenecen a la reserva nacional, junto con la documentación señalada en el artículo 8º, se fijan avisos al público anunciando la presentación de la propuesta, y dentro del término de treinta días prefijado en el artículo 22, el tercero que crea tener derecho sobre la respectiva mina debe presentar su oposición a la celebración del contrato. Con el memorial de oposición el opositor tiene que acompañar la documentación prescrita en el artículo 27, con la que el ministerio de industrias, hoy el de minas y petróleos, debe fallar si el derecho alegado por el opositor es legítimo, pues en tal caso así lo reconoce y desecha la propuesta de contrato; mas si estima que no es legítimo y que por consiguiente el opositor no tiene el derecho de posesión y propiedad que alega sobre la mina, así lo declara y ordena adelantar la propuesta de que se trata.

El contraste entre la disposición reglamentada y el reglamento es bien notorio. Al paso que la Ley 13 limita su alcance a establecer la reserva nacional de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y a disponer que la explotación de esas minas se lleve a cabo por medio de contratos celebrados con el gobierno, el artículo 24 del decreto, so pretexto de reglamentar los contratos, va mucho más lejos hasta donde ni el mismo legislador puede llegar, sin tropezar con la valla de la Constitución que impide que el órgano ejecutivo concentre con la función administrativa la función judicial y que nadie puede ser condenado sino con la plenitud de las fórmulas de cada juicio, las cuales debe fijar el legislador. En efecto, con ocasión y a pretexto del estudio de las propuestas de contratos sobre minas de propiedad nacional, el artículo 24 coloca a los particulares dueños de minas adquiridas legalmente y de que están en posesión en la necesidad de comprobar ante el mismo gobierno su calidad de propietarios, mediante una tarifa de pruebas que el artículo 27 establece, de manera que si el gobierno no encuentra satisfactoria la prueba, procede a celebrar el contrato con el proponente, previa la declaración de que el opositor no es dueño.

Si la resolución del gobierno dictada en conformidad con el artículo 24 no tuviera otra consecuencia que la teórica proveniente de la afirmación que el funcionario hace de que la mina es de la nación, de modo análogo a como un particular que se considera dueño de una casa forma el propósito de recobrar su posesión o reivindicarla, nada tendría de irregular, porque el Estado como los particulares es libre de examinar la situación jurídica de los bienes que crea de su patrimonio ocupados o poseídos por terceros, con el fin de obtener la consiguiente recuperación por las vías prefijadas en la ley.

Pero, en el caso del artículo 24, la naturaleza de los títulos que el opositor debe presentar y la del bien materia de la oposición, le imponen al gobierno, colocado ya en la necesidad de resolver sobre aquélla, la obligación de examinar a fondo el derecho del tercero, para decidir si la nación es o no dueña, y tomar seguidamente como efecto inevitable de la resolución afirmativa las medidas policivas tendientes a conservar dentro del patrimonio público una mina que según el fallo pertenece a la reserva nacional.

Hecha por el funcionario investido de autoridad pública la calificación a fondo de los títulos del opositor, no con fines meramente informativos, según se ha afirmado y pudiera creerse vistas superficialmente las cosas, sino con el de decidir si el reclamante es o no poseedor regular de la mina, y en este último caso celebrar el contrato de exploración y explotación propuesto, el funcionario ya no puede detener su actividad en la decisión

que ha dado; está comprometido por razones obvias a extraer del fallo todas sus consecuencias; perfeccionado el contrato tiene que entregar la mina al contratista, porque para eso se celebra el pacto, para cumplirlo y no para dejarlo escrito; y para entregar la mina debe primero hacerla desocupar, aun por la fuerza, del opositor vencido en la contienda administrativa, pues declarado que la mina no es de particular y que por ende pertenece a la reserva nacional, la posesión material que se haya tenido es ilícita, está viciada fundamentalmente, no es tal posesión sino una usurpación de bienes que no son susceptibles de ninguna clase de posesión privada.

Que este es el alcance de la decisión administrativa, que ella necesariamente conduce al desposeimiento de la mina para el titular o poseedor vencidos en la oposición, que tales son el sentido y la trascendencia de las normas que establecen y regulan el procedimiento de que se viene tratando (artículos 24 y 27 del Decreto 1343), lo demuestran ampliamente las consideraciones ya hechas en este punto, sobre el cual además estuvo uniforme el parecer de todos los magistrados que integran la Sala Plena de la Corte, al punto de que los que suscriben esta primera parte del fallo se hallaron dispuestos a votar el proyecto primitivo, declarando la constitucionalidad del artículo 24, si en él se decía que la resolución ministerial no podía, por sí sola, independientemente de una determinación judicial, cambiar la situación jurídica del poseedor, quitándole la posesión de la mina, y tal propósito no fue acogido por los señores magistrados que aparecen salvando sus votos en esta primera parte de la sentencia.

El gobierno le ha dado este mismo alcance a la contienda administrativa autorizada por el artículo 24; pues todas las oposiciones que ha desatado adversamente han sido seguidas inmediatamente después de la orden de lanzamiento del respectivo opositor. Y el Consejo de Estado en trance de tener que decidir sobre la legalidad de las resoluciones administrativas que le han llegado por acusación de los interesados háse abstenido de anular las órdenes de lanzamiento basado entre otras, en la siguiente razón, que coincide con la que aduce el gobierno:

"Conforme al artículo 7o. del Código Fiscal, la conservación y mejora de los bienes nacionales corresponden a los ministerios, de acuerdo con la distribución que haga el gobierno, y según la naturaleza de cada clase de bienes. Este artículo está incluído en el título 1o., capítulo 1o. que trata "De la administración de los bienes nacionales" y es aplicable a las minas de propiedad del Estado por disposición expresa del artículo 108 del mismo Código.

"Tratándose de minas cuyos metales son cosas fungibles y que se agotan por la explotación, no cumpliría el gobierno la obligación de conservarlas si permitiera que fueran explotadas por los particulares sin celebrar los contratos que autoriza para celebrar el artículo 1o. de la Ley 13 de 1937, en relación con el 108 citado.

"De manera que es claro que el gobierno tiene el derecho y aun el deber de tomar todas las providencias que sean necesarias para la conservación de estos bienes, como de cualesquiera otros de propiedad nacional, y que puede hacerlo por medio de las autoridades de policía, de la misma manera que lo hace para hacer desocupar los bienes nacionales de uso público que, como las calles, vías públicas, ríos, etc., fueren ocupados sin permiso del gobierno.

"Aludiendo a los bienes de uso público, cuyas características de imprescriptibilidad los sustraen como las minas de la reserva nacional, a la aplicación de las reglas de derecho común, dijo el Consejo de Estado en sentencia de 19 de enero de 1919 (Anales del Consejo, Tomo VIII, páginas 16 y 17) lo siguiente:

" 'Si las autoridades de policía para dictar providencias tendientes a prevenir el daño o usurpación que sufran las propiedades públicas, no pudieran obrar administrativamente sino por medio de juicio

contradictorio resultaría el absurdo de que estas autoridades tuvieran que intentar una acción ante ellas mismas o ante otros funcionarios de la misma naturaleza, para decidir en definitiva una controversia acerca de puntos que la Constitución y las leyes les han atribuído a esas autoridades, como derivaciones naturales e ineludibles de las funciones que desempeñan".

"Se arguye, sin embargo, que estos principios hacen excepción en el caso que se estudia, por cuanto las minas en referencia pertenecen a particulares que las poseen regularmente, por lo que no pueden ser suspendidos en sus trabajos de explotación sin una sentencia judicial que los condene.

"A esto se contesta que la ley presume que las mias de la clase en que se ocupa este fallo son de propiedad nacional, a menos que los particulares comprueben tener derechos adquiridos con anterioridad a las disposiciones legales que decretaron la reserva para el Estado.

"Basta la simple afirmación de los ocupantes para que el derecho de la Nación no pueda ejercitarse? O es menester que lo prueben, bien ante los tribunales competentes, bien ante el mismo gobierno con la presentación de los títulos de posesión? **No cabe duda que la última pregunta debe responderse afirmativamente, a la luz del artículo 27 del Decreto número 1343,** que dice: (el subrayado es de la Corte...")

Por la disposición del artículo 27 del decreto, los únicos poseedores de minas que están en capacidad de hacer oposición más o menos razonable a un contrato de explotación del mineral que pretenda celebrar el gobierno, tendrán que ser los poseedores regulares, es decir aquellos que poseen una mina titulada antes de las reservas, que han pagado los respectivos impuestos o han redimido sus minas a perpetuidad.

Pues bien, el funcionario a cuyo cargo está resolver sobre las oposiciones, de acuerdo con el artículo 24 del cual como está dicho el 27 es parte inseparable, no puede limitarse a verificar un examen superficial de los títulos, en la medida suficiente a establecer **prima facie** que el opositor tiene el derecho invocado; al contrario el examen va mucho más lejos; debe analizarse el título de adjudicación, estudiarse a la luz de toda la legislación que lo regulaba, desestimarlo en caso de que el funcionario, conforme lo haría cualquier juez, le descubra con su criterio de funcionario administrativo vicios de nulidad, determinar y calificar los efectos de los pagos que se hayan hecho para obtener la redención de la mina o la conservación de lo posesión regular, etc.; cuestiones todas atañaderas a la índole, extensión y naturaleza del derecho privado de propiedad minera. Con esto se da así al gobierno una jurisdicción especial no prevista en ninguna ley para dirimir un litigio sobre validez de títulos en el cual el Estado es una de las partes interesadas.

Proceso que lógicamente termina, de acuerdo con lo antes expuesto, en la desposesión por la simple vía administrativa del poseedor cuyos títulos no alcancen en el concepto del ministerio respectivo a darle la posesión regular. De esta manera el Estado pretermite las respectivas acciones posesorias para recuperar una posesión que él mismo dio a terceros, cuando podía darla, o la acción ordinaria para reivindicar. El poseedor vencido queda así, por obra de una simple resolución ministerial, sin respaldo en la ley, calificado de poseedor irregular con las consecuencias que en lo administrativo esta calificación le trae, y por ende obligado a convertirse en demandante del Estado, cuando según el régimen legal que lo ampara es el Estado si cree tener mejor derecho a la posesión de la mina, el que debe demandarlo por las vías preestablecidas, con el fin de hacer declarar los vicios que invalidaban la adjudicación, o la reincorporación al patrimonio público de la mina por no haberse pagado satisfactoriamente las respectivas anualidades o no

estar la mina redimida a perpetuidad, en armonía con los requisitos legales.

El artículo 24 del decreto le otorga así al gobierno, por simple disposición reglamentaria una competencia que por la ley no le pertenece. Esta jurisdicción da al gobierno, con pretermisión de los trámites que el legislador creó para ello, el poder de juzgar y examinar materias referentes al ramo civil, como el derecho que los particulares aleguen sobre la propiedad minera. No hay duda en cuanto a la naturaleza de índole civil de las materias sobre las cuales debe fallar el poder ejecutivo, según lo equivocadamente prescrito en el artículo 24, pues aun en el código político y municipal, artículos 35 y 39, encuéntrase reproducida la idea de que las leyes sobre minas son de esa índole.

Cuando por necesidades especiales de la administración pública, determinados poseedores de bienes deben comparecer ante el gobierno a exhibir los títulos con que están poseyendo, con el fin de que el gobierno pueda examinar sumariamente la legitimidad de la propiedad alegada por el poseedor, frente al interés patrimonial del Estado sobre el mismo bien, ello obedece siempre a norma legal expresa, que define el caso y lo reglamenta en todas sus consecuencias. Por vía reglamentaria el gobierno no puede imponer esa clase de obligaciones. Así sucede por ejemplo en materia de petróleos (artículo 7o. de la Ley 160 de 1936). Léase esa disposición para comprobar hasta dónde el legislador permite la intervención del gobierno en la calificación del derecho de propiedad y posesión alegado por terceros, pues apenas surge la oposición de éstos, el negocio pasa a la competencia de los jueces comunes para que ellos decidan acerca de los verdaderos derechos del Estado. El mismo cuidado observó el legislador en el artículo 7o. de la Ley 200 de 1936 (ley de tierras). En esta disposición fue hasta el punto de advertir que lás resoluciones que dicte el gobierno declarando la reversión de los baldíos al dominio del Estado no son revisables ante el Consejo de Estado. Advertencia prudente y dictada con criterio científico, como que aquellas resoluciones al igual que las que el ejecutivo profiere en uso de la atribución del artículo 24 acusado, versan sobre cuestiones de dominio y propiedad colocadas por su propia índole bajo la competencia del Poder Judicial.

Como antecedentes legislativos del poder de investigación y decisión administrativa que compete al Estado en el régimen jurídico de la administración de la propiedad minera, preténdense citar los artículos 9o. del decreto 223 de 1932, 3o. de la ley 58 de 1909, 7o. de la ley 14 de 1923 y 5o. de la ley 13 de 1937, como queriendo expresar con ello que según esas disposiciones el Estado está facultado para calificar títulos de propiedad de los particulares en las materias que regulan esos preceptos.

Pues bien. El antecedente indicado no sirve. Los artículos mencionados, de los cuales el 7º de la ley 14 de 1923 fue derogado por anticientífico y en su lugar reemplazado por la regulación que hoy impera en materia de oposición a las propuestas de explotación y exploración del petróleo de propiedad nacional, están encaminados precisamente a proteger la posesión de los dueños de minas, y nunca de acuerdo con aquellos preceptos el gobierno tiene poder para desalojar de la mina a quien se presente alegando derechos de dueño. El artículo 9º del decreto 223 apenas preceptúa que no son denunciables las minas por las cuales se estén pagando los impuestos; el 3o. de la ley 58 de 1909 establece que el dueño de una mina titulada tiene el derecho de redimirla a perpetuidad, pagando lo que debiera pagar por impuesto en veinte años; y el 5o. de la ley 13 de 1937, dispone que no son denunciables aquellas minas que además de haber pagado los impuestos estén matriculadas.

Qué analogía puede así establecerse entre las normas citadas y la del artículo 24 del decreto 1343 con el alcance contra

el poseedor de una mina adjudicada que esta disposición contiene?

En el artículo 24 acusado se cita entre paréntesis el artículo 23 del decreto ejecutivo número 1054 de 1932, como un antecedente que establece un sistema similar al que consagra el artículo 24. Tal artículo 23 dice: "Mientras no hayan transcurrido treinta días hábiles a partir de la fecha de la tercera publicación en el Diario Oficial toda persona puede oponerse al contrato propuesto formulando su oposición por escrito ante el Ministerio de Industrias acompañada de las pruebas en que funde tal oposición. El ministerio en vista de las pruebas presentadas, decidirá si suspende o adelanta la tramitación de la propuesta, sin perjuicio, en este caso, de los derechos del opositor por la vía ordinaria, ante el poder judicial".

Si se practica un cotejo, del 24 acusado y el 23 del decreto número 1054, se pueden hacer estas observaciones: 1º Si este último texto puede en su aplicación llegar a extralimitar las facultades constitucionales del poder administrativo, resulta también inconstitucional y por ende no serviría de correcto antecedente legislativo; 2o. En el caso del artículo 23 del decreto 1054 no se determina al poder administrativo qué clase de controversia va a decidir, ni si se trata de poseedores regulares, cosa que sí pasa en la disposición acusada, ya que se indican los documentos y pruebas pertinentes; 3o. En la oposición del artículo 23 puede el poder administrativo abstenerse de seguir conociendo de la oposición apenas se cerciore de que está en presencia de un litigio sobre propiedad, mientras que en la que establece el artículo 24 no puede detenerse sino que debe entrar al fondo de la cuestión, estudiando y discriminando pruebas y fallando con el alcance y consecuencias de un acto jurisdiccional, pues el artículo 24 habla del opositor vencido.

Como consecuencia de todos los razonamientos precedentes se llega a la conclusión definitiva de que el artículo 24 acusado viola mediatamente el artículo 52 de la nueva codificación constitucional que establece la limitación de poderes de los órganos del Estado.

Y viola también de igual manera el artículo 115 de la misma codificación en cuanto esta disposición dice que la potestad reglamentaria consiste en la cumplida ejecución de las leyes (ordinal 3º).

El poder reglamentario está condicionado a que el reglamento no puede modificar la ley existente o serle contraria. Este principio resulta de la subordinación del reglamento a la ley la cual a su vez está subordinada a la norma constitucional.

La subordinación del poder reglamentario a la ley y a la Constitución conlleva otra limitación que consiste en que el reglamento debe tener vida en una ley existente, para desenvolver sus disposiciones. Por eso el dominio del poder reglamentario en razón de su subordinación, es completar la ley por disposiciones de detalle para asegurar y facilitar su ejecución.

Se ha sostenido que las disposiciones acusadas bien pueden fundarse y estimarse como desarrollo del ordinal 11o. del artículo 11 del Decreto número 666 de 1936 (Diario Oficial número 23,154). Pero ese decreto que está destinado a organizar el Ministerio de Industrias y Trabajo ni remotamente pudo darle base al ejecutivo para reglamentar las oposiciones.

En efecto, el referido decreto "por el cual se fijan la nomenclatura, las funciones, el personal y las asignaciones de las dependencias del Ministerio de Industrias y Trabajo, y se dictan otras disposiciones sobre su organización" dice:

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones legales, en desarrollo de la ley 12 del presente año, y de acuerdo con las autorizaciones que le fueron conferidas por la ley 87 de 1935, decreta: .....

"Artículo 11. Corresponde a la Direc-

ción General de Minas los siguientes asuntos: .....

"11. Estudio, tramitación y resolución de las oposiciones que se formulen a las propuestas de contrato".

Nótese que la ley 87 de 1935 citada, en el encabezamiento del decreto faculta al gobierno para organizar una dependencia administrativa encargada de fomentar y orientar las actividades industriales y de tramitar asuntos relacionados con el establecimiento de industrias nuevas en el país; y otra dependencia para atender al estudio, regularización, etc., de las aguas de uso público. Nada más.

Y la ley 12 de 1936 también citada en el decreto reorganiza el Departamento del Trabajo del Ministerio de Industrias. Pero esta ley para nada habla de cuestiones mineras.

Como se ve, si con el ordinal 11 se quiere amparar la reglamentación que el ejecutivo le dio a las oposiciones, atribuyéndose la facultad de decidir sobre el derecho de dominio de los particulares sobre las minas de las cuales están por lo menos en aparente posesión regular, ese ordinal no sirve porque entonces él resulta también inconstitucional, al darle el alcance que se pretende, pues el ejecutivo carecía de atribución para dictarlo con semejante alcance.

La disposición acusada viola también **inmediatamente** el artículo 22 de la nueva codificación constitucional que dice que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el tribunal competente, y observando la plenitud de las fórmulas propias de **cada juicio.**

Las fórmulas propias de cada juicio deben fijarse por el legislador y no son materia de reglamentos del ejecutivo. Así se desprende del artículo 45 de la Carta.

La Corte según lo ha declarado en numerosas sentencias ha admitido la universalidad del principio contenido en la norma citada y su repercusión en materias que no pertenecen al ramo penal. En fallo de la Sala Plena de fecha 18 de octubre de 1937 referente a la demanda de inexequibilidad de la ley 21 de 1937, por la cual se decretó la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares la Corte reafirmó ese principio y explicándolo al rededor de lo que fue materia de la ley acusada dijo lo siguiente, que sienta una doctrina de completa aplicación en el presente caso en que ya no la ley sino por un simple decreto reglamentario se da facultad al gobierno para declarar inválidos en simple trámite administrativo títulos de propiedad emanados del Estado:

"A la luz del precepto constitucional transcrito resulta obvio que si en determinada circunstancia, cuando se otorga una prestación de la clase de la recompensa militar, ocurre algún vicio que afecte la concesión, como error, fuerza, dolo, las acciones del Estado para recuperar lo indebidamente pagado — tomando la palabra acción en el sentido de derecho de exigir alguna cosa — no pueden ser otras que las civiles ordinarias o las de naturaleza penal, preexistentes a la adquisición del beneficio.

"La ley 21 de 1937 no se limita a crear un simple procedimiento o ritualidad para ejercitar aquellas acciones; sino que invirtiendo normas universales sobre libertad civil, carga de la prueba, etc., y mudando la índole propia del recurso ordinario de revisión, puede llegar hasta afectar patrimonios particulares, por encima de resoluciones judiciales o administrativas todavía vigentes.

"Importa recordar que el legislador tiene potestad para organizar los distintos trámites que por razón de la naturaleza de los juicios deban seguirse en orden a obtener el fin del proceso; regula el modo como han de ventilarse y resolverse los asuntos cuyo conocimiento corresponde al órgano judicial de poder y a otras dependencias encargadas también de administrar justicia, pero tal poderío no lo

autoriza para obrar soberanamente en la fijación de las formas de cada juicio.

"Esas formas deben ser las **propias**, o sea, las que hagan efectivas los derechos y garantías que la Constitución protege, dentro de ciertos cánones incontestables en ciencia procesal y en lógica probatoria, ajustando sus reglas de procedimiento a los principios fundamentales y al espíritu que los informa.

Así podría pensarse, por ejemplo, en la inconstitucionalidad de una ley que eliminara de los juicios el derecho de defensa". (Tomo 45 de la **Gaceta Judicial**, página 624, 1ª col.).

No es de extrañar que la Sala declare la violación de preceptos constitucionales que no fueron expresamente señalados por el demandante. Ello obedece a que la ley 96 de 1936 reglamentaria del trámite que deben seguir las demandas de inexequibilidad en la Corte dispone en el artículo 2o. que si al fallar el negocio la Corte encuentra que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda. estará obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

— II —

SEGUNDA PARTE

(Acusación de los artículos 44, 45, 46, 49, 51, 54, 56, 58, 60 y 61 del Decreto número 836 del 11 de mayo de 1938)

Las demás disposiciones acusadas de inconstitucionalidad en la demanda hacen parte del decreto número 836 de mayo de 1938, "orgánico y reglamentario del censo de la propiedad minera".

Tales disposiciones, contra las cuales se pretenden hacer valer en esta acción pública, como puede verse en el libelo acusatorio argumentos y cargos relacionados más con ilegalidad que con inconstitucionalidad de ellas, son las que en seguida se copian:

ARTICULO 44. Las minas descubiertas o que en lo sucesivo se descubran en tales trayectos de río o en las riberas de los mismos en una extensión de un kilómetro a cada lado de sus cauces normales, pertenecen a la reserva nacional de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el gobierno en los términos del decreto 1343 de 1937, con excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a la vigencia de los preceptos legales que establecieron tal reserva, siempre que los adjudicatarios de tales minas o sus sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley.

ARTICULO 45. La excepción de que trata el artículo anterior podrá establecerse a solicitud de parte interesada o de oficio en la forma prescrita en los artículos que siguen.

ARTICULO 46. Cuando un interesado quiera que la mina que le pertenece se excluya del censo general de las minas de aluvión de la reserva nacional, podrá presentarse ante el Ministerio de Industrias y Trabajo, Dirección General de Minas, con la respectiva solicitud acompañada de los documentos y pruebas que estime conducentes para fundamentar sus derechos.

ARTICULO 49. Si de esta verificación o de las demás informaciones que se obtengan apareciere que las minas adjudicadas quedan comprendidas, en todo o en parte, en el lecho de un río navegable o dentro de la zona de la reserva nacional de que trata el artículo 1o. de la ley 13 de 1937, según los casos, así lo declarará el Ministerio y hará saber esta conclusión al interesado. Pero en estos casos, el interesado dentro del término de la ejecutoria de la resolución respectiva, de acuerdo con la ley 53 de 1909, podrá renunciar la parte de la mina que esté afectada por la reserva, y formalizada y surtida la renuncia, tendrá derecho preferencial para

solicitar sobre la porción renunciada la celebración de un contrato con la Nación para su exploración y explotación, si por otra parte llena las condiciones exigidas por las leyes y decretos pertinentes, siempre que dicha porción no fuere materia de otra propuesta de contrato que ya hubiere sido aceptada y que la propuesta se formule dentro de los seis meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la respectiva resolución.

La renuncia de que habla este artículo se hará ante la gobernación, intendencia o comisaría especial que hubiere expedido el título, entidad que procederá a dictar una resolución aceptándolo y en la cual se determinará claramente la parte de la mina renunciada, de suerte que quede intacta la reserva nacional. En esta resolución se ordenará, además, el registro de la renuncia donde correspondiere.

ARTICULO 51. En los expedientes en curso, los gobernadores, intendentes y comisarios especiales, antes de expedir un título de adjudicación de una mina de las a que se refiere el artículo 47 de este decreto, librarán un exhorto al Ministerio de Industrias y Trabajo, Dirección General de Minas, insertando el aviso, denuncio, diligencia de posesión, si ésta ya se hubiere dado, y demás piezas del proceso que consideren conducentes para dilucidar si la mina de que se trata queda comprendida dentro de la clase a que se refiere el artículo 49 de este decreto, para que por este despacho se proceda a ordenar, si se estima conveniente, la práctica de la diligencia de inspección ocular y el pronunciamiento de la resolución de que hablan los incisos 1o. y 2o. del artículo 25 del decreto 1343 de 1937.

En los denuncios posteriores a la vigencia de este decreto y mientras se termina el censo de las minas de aluvión de la reserva nacional, el exhorto se librará inmediatamente después de la presentación del denuncio, acompañado de una copia de éste y del aviso respectivo.

ARTICULO 54. Si el Ministerio llegare a la conclusión de que con el denuncio de la mina de que se trate se afecta la reserva nacional de que habla el artículo 1o. de la ley 13 de 1937 o se viola la prohibición contenida en el artículo 5o. de la ley 72 de 1910 y demás disposiciones sobre la materia, así lo declarará, y, en consecuencia, devolverá el exhorto a la oficina de su origen debidamente diligenciado, para que se adelante el trámite del denuncio en la parte que no invada la reserva nacional o no viole la prohibición de que se ha hablado, si así lo pidiere el interesado, sin perjuicio de que éste pueda hacer valer contra la resolución ministerial las acciones legales que sean pertinentes.

ARTICULO 56. El Ministerio dispondrá de un término de ciento ochenta (180) días, contados a partir de la fecha de recibo del exhorto de que trata el artículo 51 para llevar a cabo la verificación de que hablan los artículos anteriores y dictar la resolución correspondiente. Si dentro de ese término no hubiere resuelto nada al respecto, se entenderá que autoriza la prosecución de las diligencias de adjudicación.

Durante este término, quedarán suspendidos los del código de minas que estén corriendo en los respectivos juicios administrativos.

ARTICULO 58. Cuando las minas abandonadas no hubieren sido recuperadas antes de la vigencia de las disposiciones legales a que prohibieron la adjudicación de minas en los lechos de los ríos navegables o reservaron para la Nación las ubicadas en las riberas de los mismos y siempre que queden comprendidas dentro de la zona de la prohibición o de la reserva de que se trata, el Ministerio de Industrias y Trabajo, las declarará abandonadas e incluídas dentro de la reserva nacional a que se refieren tales disposiciones. En caso contrario, las declarará abandonadas pero con el carácter de recuperables por los interesados y de denunciables por terceras personas.

ARTICULO 60. En cualquiera de los casos previstos en este decreto, si la mi-

na de que se trata estuviere en explotación, tendrá preferencia para su explotación mediante contrato con el gobierno el respectivo explotador, siempre que haga la manifestación de allanarse a celebrar el contrato dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia, y que se comprometa a pagar a la Nación dentro de los seis meses siguientes la diferencia entre los impuestos pagados y la participación nacional correspondiente durante todo el tiempo en que la mina hubiera estado en explotación. En los demás casos se estará, en cuanto a las preferencias, a lo dispuesto en el artículo 49 de este decreto.

ARTICULO 61. En cualquiera de los casos previstos en el artículo anterior, el Ministerio de Industrias y Trabajo procederá a tomar las providencias que estime conducentes para impedir que se continúe la explotación indebida de las minas que pertenecen a la reserva nacional, salvo que entre el explotador y el gobierno se llegue al acuerdo contemplado en la misma disposición.

Dentro del sistema técnico jurídico establecido en nuestra legislación minera, el Estado, a pesar de ser dueño del dominio de las minas que constitucionalmente corresponden a su patrimonio, ignora generalmente la situación legal de adjudicabilidad en que se hallan las minas que pueden cederse en propiedad, y de contratación de las que forman la reserva nacional por indeterminación de las comprendidas en las zonas reservadas, a tal extremo que la apreciación de esta situación legal de disponibilidad minera ha quedado a iniciativa e interés de los particulares, de modo que cuando ante las autoridades políticas correspondientes se proponen diligencias sobre explotación minera el Estado no averigua ni garantiza nada sobre la libertad de la mina pretendida. Esta situación, visiblemente inconveniente para la adecuada conservación y vigilancia de la propiedad nacional, es el efecto de la carencia por parte del Estado del inventario, estadística y mapas mineros que ofrezcan noticias exactas sobre la situación de esta cuantiosa riqueza nacional que permita a las autoridades proceder con conocimiento y acierto en los actos de su administración. Los inconvenientes de esta ignorancia estatal se remedian, en cuanto a amparo de derechos de particulares para no ser vulnerados por pretensiones de otros particulares, con la institución de las oposiciones dentro del trámite administrativo de adjudicación, pero produce todas sus malas consecuencias en relación con el dominio de las minas que corresponde permanentemente a la Nación y en cuya conservación y cuidado solamente están interesadas las autoridades públicas. A remediar esta irregularidad se enderezó el decreto a que pertenecen las disposiciones acusadas en esta segunda parte de la demanda, para cuya justa apreciación conviene transcribir lo que sobre su origen escribió el Director General de Minas en el informe que rindió al Ministro de Industrias y Trabajo, a cuyo conocimiento estaba entonces lo referente a minas, y que corre publicado en el tomo II de la memoria del citado Ministerio al Congreso Nacional en el año de 1938:

"El país vive a ciegas en cuanto a las minas se refiere. Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios especiales adjudican las minas regidas por la legislación común sobre la materia, pero jamás vuelven a intervenir en nada que con aquellas se relacione, salvo casos excepcionales, debidos a las controversias administrativas y, últimamente, a las atestaciones sobre el hecho de la explotación formal. Y si esto puede decirse de los funcionarios que las adjudican, con mayor razón es aplicable al Gobierno Nacional, el cual, directamente, para nada interviene en estos asuntos.

"Para acabar con esta situación anómala, para colocarse el Gobierno en capacidad de informar al país sobre la realidad de la industria minera y para poder ejercer ciertas funciones que le son propias de acuerdo con lo dispuesto en la ley

13 de 1937, y en los decretos legislativos números 223 y 666 de 1932 y 1936, respectivamente, el órgano ejecutivo del poder público dictó el decreto número 836 del presente año, orgánico y reglamentario del censo de la propiedad minera.

"La importancia de este decreto desde el punto de vista del conocimiento exacto que su aplicación va a permitir sobre la propiedad minera en el país, es manifiesta. Y para que se compare la situación que con él se va a crear con la existente en la actualidad en este sentido, es suficiente apuntar los siguientes hechos: en el mes de agosto de 1937 la oficina a mi cargo solicitó de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales los datos de las minas en explotación y de las redimidas en perpetuidad en el territorio de sus respectivas jurisdicciones. Los únicos funcionarios que dieron el dato de las minas en explotación fueron los Gobernadores de Santander y Nariño. La mayor parte de los Intendentes y Comisarios Especiales informaron que en el territorio de sus jurisdicciones no había minas en explotación, y la mayor parte de los Gobernadores o guardaron silencio o se declararon en incapacidad de suministrar los informes solicitados".

La exposición de estos antecedentes, sintéticamente expresados en el título del decreto "orgánico y reglamentario del censo de la propiedad minera", despeja de toda interpretación equívoca las disposiciones cuya inexequibilidad se ha pedido porque a la luz de ella se precisa su alcance y sentido al frente de los preceptos de la Carta que se dicen violados, por ejercitar su imperio fuera de la esfera legítima de las atribuciones del órgano ejecutivo. El capítulo X del decreto 836 de 1938, a que pertenecen los artículos acusados, no tiene otro objeto que el de hacer posible el levantamiento del censo de las minas pertenecientes a la reserva nacional establecida por medio del decreto 1328 de 1935 y las leyes 72 de 1910 y 13 de 1937, tanto para información del Gobierno que de este modo se capacita mejor para su función administradora, como para hacer efectiva dicha reserva nacional, impidiendo, dentro de una obvia atribución constitucional, que minas ubicadas dentro de la reserva, como cualquier bien fiscal correspondiente a la Hacienda Nacional, fueran objeto de adjudicaciones ilegales y nulas o de explotaciones indebidas o fraudulentas, ya que no basta la simple voluntad nacional de conservar la reserva minera, expresada en la fórmula de la ley, sino que es preciso e indispensable proveer a su realización efectiva, a la debida ejecución de la ley, a lo cual se destinan las actividades y gestiones de las autoridades administrativas de la rama ejecutiva, a que se refieren las diversas disposiciones del decreto. De esta manera se complementa la función fundamental de la autoridad para proveer a la defensa del patrimonio nacional, sin menoscabo de ningún derecho legítimo de nadie.

El propósito que inspiró el decreto número 836 de que se trata, el alcance y trascendencia jurídica de que se le dotó, está inconfundiblemente expresado en su artículo 1º, cuando dice: "La Dirección General de Minas del Ministerio de Industrias y Trabajo (hoy con mayor eficacia y autoridad el Ministerio del ramo), **procederá a levantar el censo de la propiedad minera en el país, en la forma y para los efectos de que trata el presente decreto".** Se ha buscado, pues, con estos ordenamientos la formación del inventario o censo oficial de la propiedad minera, formado por los nueve grupos señalados en el artículo 2º sobre la clasificación de las minas en avisadas, denunciadas, tituladas, redimidas a perpetuidad, conservadas por particulares, en explotación, abandonadas, en litigio y minas de aluvión pertenecientes a la reserva nacional. Este enlistamiento de las minas no puede determinar por sí solo perjuicio de nadie, única razón con que pudiera fundarse una oposición a esta medida de trivial conveniencia pública, porque el hecho de incluír o no una mina en el censo o en determinado grupo

o calidad en nada puede modificar o alterar la situación jurídica de su titular, ni el derecho de dominio o posesión regular que sobre ella se tenga. Su objetivo se reduce a inventariar la propiedad minera para dar base de determinación y cauce de acierto a la gestión administrativa.

El artículo 44, primero de los acusados del decreto cuestionado, se limita a reproducir textualmente la disposición del artículo 1o. de la ley 13 de 1937 que consagró la reserva nacional de las minas allí indicadas y estableció el régimen especial contractual de explotación, con base en el artículo 199 de la actual codificación constitucional. No conteniendo la disposición reglamentaria nada excesivo ni distinto en relación con el mandato legal, su acusación, con base en usurpación jurisdiccional, es improcedente porque su imperio está respaldado por el de la ley, no acusada de inconstitucional.

Las siguientes disposiciones sólo buscan aclarar la reserva minera, confundida muchas veces por diversos factores, dentro del natural y jurisdiccional interés que tiene la Nación para conocer e inventariar lo que le corresponde en dominio y administración. Estos preceptos tienen fundamento evidente y sólido en el principio de que es función constitucional del órgano ejecutivo adoptar los procedimientos necesarios para determinar y salvaguardiar los bienes e intereses que corresponden al patrimonio nacional, y de que mientras esos procedimientos administrativos no subviertan o desconozcan la sustantividad de situaciones jurídicas originarias de derechos de particulares o menoscaben derechos adquiridos, tales medidas del poder público son inobjetables por constituír el ejercicio normal de atributos constitucionales.

Respecto del artículo 56, la Corte acoge el concepto de la Procuraduría General de la Nación, consignado en los siguientes términos: "Este Despacho no encuentra reparo que formular al primer inciso de este artículo en cuanto señala "un término de 180 días contados a partir de la fecha de recibo del exhorto de que trata el artículo 51 para llevar a cabo la verificación de que hablan los artículos anteriores y dictar la resolución correspondiente". Y lo considera, por el contrario, prudente, como resguardo de garantía para el denunciante cuando en ese mismo inciso se dispone que "si dentro de ese término no se hubiere resuelto nada al respecto, se entenderá que se autoriza la prosecución de las diligencias de adjudicación". Pero en cambio sí reviste gravedad el inciso segundo de este artículo 56 en cuanto dispone que "durante este término" (el de 180 días fijado en el inciso anterior), "quedarán suspendidos los del Código de Minas que estén corriendo en los respectivos juicios administrativos".

Se comprende fácilmente la necesidad de esta suspensión para la efectividad práctica del objetivo perseguido; más es evidente que por un decreto ejecutivo no se puede autorizar la suspensión de términos que el órgano legislativo haya señalado para el ejercicio de determinadas gestiones, como la de adjudicación de minas conforme al código del ramo. Constitucionalmente el órgano legislativo podría autorizar la suspensión de términos señalados por él mismo para el cumplimiento de cualquier trámite (bien sea administrativo o judicial); pero sin autorización expresa del legislador, el ejecutivo no puede imponer una medida semejante sin invadir la esfera de acción—en este caso bien determinada—del órgano legislativo. Por este concepto el inciso segundo del artículo 56 es vulnerable como contrario al artículo 52 de la Constitución Nacional".

Por lo que hace al artículo 58, no se ve inconstitucionalidad en la facultad que tal disposición da al Ministerio para hacer la declaración de abandono de las minas a que se refiere y en las condiciones que prevé, porque el abandono a que se hace alusión en los artículos 341, 343, 345, entre otros, del Código de Minas y en el 12 del decreto legislativo número

223 de 1932, es un fenómeno jurídico que se cumple por ministerio de la ley y que obra el efecto de reintegrar el dominio de las minas al patrimonio del Estado, del cual no pueden volver a salir si las abandonadas son de las comprendidas en la reserva nacional. En la declaración de abandono que se estudia no hay más que el reconocimiento de un hecho legal cumplido, y no la creación de circunstancias nuevas modificativas del derecho. El abandono minero, según la teoría y la técnica del código, es fenómeno que se cumple sin necesidad de declaración previa de ninguna especie, de tal modo que si la existencia de esta situación queda a la apreciación y al arbitrio de los particulares, no se podría justificar que el Estado, personero de su propio interés de propietario minero, no estuviera en capacidad de hacer esa misma apreciación, que a la luz del artículo 7º del C. F. no es simplemente una facultad sino un deber vinculado a la conservación y defensa de los bienes nacionales, y que se reduce a la constatación del hecho de si el titular de la mina ha conservado o no el dominio sobre ella mediante el pago de los impuestos respectivos, y sin que la declaración en que tal hecho se constata tenga la fuerza o el valor legal de una sentencia que defina el dominio.

No contienen los artículos 60 y 61, en concepto de la Corte, contra el parecer del señor Procurador, facultades jurisdiccionales y coactivas que extralimiten las que constitucionalmente corresponden al órgano ejecutivo, en el sentido de producir variaciones jurídicas o desconocimiento de derechos adquiridos con justo título y de acuerdo con las leyes por particulares a la explotación de minas de metales preciosos pertenecientes a la reserva nacional. Dentro de una seria interpretación de tales normas no se ve la manera cómo se conculque algún derecho de los que la ley 13 de 1937 dejó a salvo en su artículo 1o., sino simplemente el modo de hacer efectiva la reserva dentro de un criterio de orden público contra el cual no es posible aceptar que pueda prevalecer ningún interés particular que no esté amparado por la ley.

"El régimen ordinario de adjudicación minera que rige en el país tiene diversas restricciones fundadas en motivos de distinta índole que les comunican una naturaleza jurídica propia. Hay restricciones que pertenecen al derecho privado por versar sobre intereses particulares, cuya variación puede ser materia de consentimiento privado, tales como la prohibición de denunciar minas de aluvión dentro de las pertenencias de una mina de veta titulada (ley 292, 1875, artículo 52), o las redimidas a perpetuidad o por las cuales se están pagando los impuestos anuales establecidos (ley 58, 1909, artículo 3 y decreto 223 de 1932, artículo 9), y restricciones que corresponden al derecho público nacional, que están por esto mismo fuera de todo consentimiento particular. De esta última especie es la restricción consignada en la ley 13 de 1937 que estableció que las minas descubiertas o que se descubran en los ríos navegables o en sus riberas en un trayecto de un kilómetro a lado y lado del cauce pertenecen a la reserva nacional y sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el Gobierno, con la excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a su vigencia y siempre que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley". (Sentencia de casación civil, G. J., t. XLVIII, página 278). No tratándose de minas adjudicadas con anterioridad a la ley que estableció la reserva nacional, o sea, la imposibilidad jurídica de su adjudicación en propiedad, y de su explotación en forma distinta de la contractual con el gobierno, que allí se estableció, no puede ser objeto de reconocimiento ni respeto por parte de las autoridades encargadas de la administración minera nacional ninguna pretensión particular de explotación de tales minas porque eso pugnaría con las exigencias del orden público.

Sobre estas minas reservadas, no adjudicadas antes de la reserva (res extra comercium), no puede haber dominio privado, y consiguientemente no puede haber sobre ellas posesión que pueda hacerse valer contra la Nación distinta de la posesión regular que en derecho minero equivale al dominio mismo.

Por virtud de la prohibición de adjudicar ciertas minas, contenida en las sucesivas disposiciones legales a que se ha hecho referencia en este fallo, tales minerales entraron a formar parte de la Hacienda Nacional con el carácter de bienes fiscales de conformidad con los artículos 3o. y 4o. del Código Fiscal, que asigna como función correspondiente a los Ministerios, de acuerdo con la distribución que haga el gobierno, y con la naturaleza de los bienes, la conservación y mejora de los que pertenecen a la Nación (artículo 7, ibídem). La significación de orden público en relación con la prohibición a que en materia minera se ha hecho referencia se explica integralmente en la norma contenida en el artículo 19 del Código Fiscal que establece que "la prohibición que respecto de la adjudicación de ciertos bienes nacionales establezca la ley, comprende la de denuncio o de cualquier otro acto que pueda constituír derechos sobre ellos".

Todas estas providencias administrativas que en conformidad con el decreto 836 de 1938 debe adoptar el Ministerio de Minas y Petróleos se destinan, como en él mismo está dicho, a impedir la explotación indebida de las minas que pertenecen a la reserva nacional, sin necesidad de proponer litigios de ninguna naturaleza, con actos de simple autoridad en ejecución de la ley, con la misma facultad y obligación con que las autoridades correspondientes pueden y deben impedir la ocupación ilegal e indebida de los demás bienes de propiedad de la República o la tala ilegal de las reservas forestales. Estas actividades ministeriales, como se ve, se pueden cumplir con respeto y dentro del principio constitucional de la separación de los órganos del poder público y dentro de la naturaleza y alcance jurisdiccional de sus correspondientes funciones.

Teniendo en cuenta la finalidad y los propósitos que se ven claramente en la base del decreto acusado, su interpretación lógica no choca con ninguno de los preceptos de la Carta y esto es bastante para dar fundamento a la sentencia de la Corte. La aplicación inicua o parcial que de estas disposiciones hagan o puedan hacer las autoridades a cuyo cuidado y responsabilidad queda su ejercicio, es cosa que excede el límite jurisdiccional de este recurso y cuyo remedio puede hallarse, en presencia de cada situación especial, por las vías adecuadas y ante las jurisdicciones que la ley señala.

En mérito, pues, de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional y en acuerdo parcial con el señor Procurador General de la Nación,

Falla:

Es inexequible, por inconstitucional, el artículo 24 del Decreto número 1343 del 22 de julio de 1937.

Son exequibles los artículos 44, 45, 46, 49, 51, 54, 56, en su inciso 1o., 58, 60 y 61 del Decreto número 836 del 11 de mayo de 1938.

Es inexequible, por contrario a la Constitución, el inciso 2o. del artículo 56 del precitado Decreto 836 de 1938 en cuanto ordena la suspensión de términos establecidos en el Código de Minas.

Publíquese, notifíquese, envíese copia al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Hernán Salamanca—José Miguel Arango — Campo Elías Aguirre—Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Liborio Escallón — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Absalón Fernández de Soto. José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta — El Conjuez, Pedro Alejo Rodríguez — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistrados doctores Hernán Salamanca, Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, Absalón Fernández de Soto, José Miguel Arango e Isaías Cepeda.

Ponemos a salvo nuestro voto en la anterior sentencia en cuanto se declara inexequible el artículo 24 del Decreto número 1343 de 22 de julio de 1937, a que se contrae la primera parte del fallo, y a continuación expresamos las razones de nuestro disentimiento.

Consideramos que ninguna irregularidad afecta el decreto 1343 de que hace parte la disposición especialmente acusada, desde el punto de vista del ejercicio de la facultad reglamentaria que constitucionalmente corresponde al gobierno para garantizar la cumplida ejecución de las leyes, porque habiendo establecido la ley 13 de 1937 el régimen contractual para la explotación minera de la reserva nacional, es obvio aceptar que su reglamentación ejecutiva debía comprender la sistematización o el procedimiento administrativo que se debía adoptar para llevar a efecto la celebración de los contratos, y dentro de éste, con laudable ánimo previsivo, procurar el establecimiento de la situación legal de las minas propuestas en contrato para evitar en lo posible negociaciones que no pudieran cumplirse, y salvaguardiar así mismo, dando oportunidad de manifestarse en oposición, los derechos adquiridos que la ley dejó expresamente a salvo. El alcance estrictamente administrativo que corresponde al trámite del artículo 24 cuestionado, no permite adjudicarle otro objetivo ni significación distinta y mucho menos la que debería tener para que no fuera impertinente la cita que la sentencia hace, entre los preceptos constitucionales que considera violados por él, el que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Si no se acepta que el artículo acusado encaja dentro de la facultad reglamentaria de la ley a cuya cumplida ejecución provee, no nos parece desacertado buscarle su apoyo en la atribución legal que corresponde al ejecutivo de acuerdo con los numerales 8º y 11 del artículo 11 del decreto número 666 de 13 de marzo de 1936, dictado en uso de autorización legal, y a los que les corresponde fuerza de ley al tenor del artículo 11 de la ley 153 de 1887.

En efecto; la ley 87 de 1935, "por la cual se ordena el establecimiento de unas dependencias administrativas y se confiere una autorización", dispuso en su artículo 4o. "a efecto de acomodar las dependencias del Ministerio de Industrias y Trabajo a las necesidades de los distintos ramos que están a su cuidado, en forma que presten un servicio eficaz, autorízase al Poder Ejecutivo para ensanchar, reducir y modificar los servicios técnicos de aquél, pudiendo contratar expertos, crear y suprimir o refundir puestos, y **fijarle funciones.** De estas facultades podrá hacer uso el Poder Ejecutivo hasta el 20 de julio de 1936".

En uso de estas autorizaciones del parlamento, el gobierno expidió el decreto número 666 de 13 de marzo de 1936, "por el cual se fijan la nomenclatura, las funciones, el personal y las asignaciones de las dependencias del Ministerio de Industrias y Trabajo y se dictan otras disposiciones sobre su organización".

"El Presidente de la República, en uso ..... y de acuerdo con las autorizaciones que le fueron conferidas por la ley 87 de 1935, DECRETA:

Artículo 1. A partir del 1o. de abril del presente año, el Ministerio de Industrias y Trabajo tendrá las siguientes dependencias, con el personal y asignaciones mensuales que se determinan a continuación:

.....

5) Dirección General de Minas (que pasó con todas sus funciones y personal a formar el Ministerio de Minas y Petróleo).

Artículo 11. Corresponden a la Dirección General de Minas los siguientes asuntos:

1o. Dirección general, vigilancia, control y fiscalización de la industria minera.

.....

8o. Estudio, tramitación y admisión o rechazo de las propuestas de contrato para la exploración y explotación de las minas contratables.

9o. Escogimiento entre varios proponentes sobre una misma mina.

10. Tramitación de las propuestas aceptadas; discusión de las cláusulas contractuales; redacción de minutas y contratos;

.....

11. Estudio, tramitación y resolución de las oposiciones que se formulen a las propuestas de contrato.

20. Estudio, tramitación y resolución sobre traspaso de concesiones;

21. Caducidad de contratos.

26. Levantamiento del censo general de las minas adjudicadas o que en lo sucesivo se adjudiquen;

27. Registro de la situación legal de las minas adjudicadas en relación con las causales de abandono.

29. Conocimiento y registro oportunos de minas abandonadas.....

La primera parte de la demanda con que se ha iniciado esta acción pública de inexequibilidad es una exposición general de doctrina sobre tesis de derecho público, y los conceptos y razones fundamentales que en ella se plantean son desarrollados por los demandantes en forma casi académica, en que campean citas y transcripciones de autores de derecho público, desde Montesquieu, iniciador del principio de la separación y limitación de los poderes en 1748, principio o norma que ha figurado tradicionalmente en todos los estatutos constitucionales colombianos, y que es el mismo, según la demanda, que defienden desde las cátedras de la Facultad de Derecho de París profesores del prestigio y la autoridad de Joseph Bertelemy no obstante los ataques que contra él dirigiera León Duguit, cuyas doctrinas en su mayor parte han sido revaluadas y rectificadas.

Desde el punto de vista de apreciación doctrinal del principio, es claro y obvio que tal norma de la separación y limitación de las distintas ramas en que se divide funcionalmente el poder público es una de las bases esenciales de nuestra organización constitucional que viene establecida, con insignificantes variaciones de redacción, desde la Carta de 1832 hasta la última de 1936, en que se estatuye que los órganos del poder público, legislativo, ejecutivo y judicial, son limitados y tienen funciones separadas, pero en que se atenuó la rigidez del principio tradicional de la separación, añadiendo un deber de colaboración armónica entre los diversos órganos del poder, para la realización de los fines del Estado.

Lo procedente en la dilucidación del problema planteado a la Corte no es la exposición histórica doctrinaria de este postulado constitucional de que los órganos del poder público ejercen funciones limitadas dentro de órbitas de acción separadas, sino la aplicación práctica del mandato constitucional en relación con la disposición acusada como violadora de él, para lo cual, dentro de las razones demostrativas que para el efecto contiene la demanda, es preciso confrontar los artículos cuya inexequibilidad se pide con

el texto y la doctrina de los preceptos constitucionales.

La acusación fundamental, formulada genéricamente, se hace consistir en que el artículo citado "implica nada menos que una concentración de poderes"

La disposición acusada es el artículo 24 del decreto 1343 de 22 de julio de 1937, "por el cual se reglamentan los contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos de la reserva nacional, y los artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. de la ley 13 del presente año", que es del tenor siguiente:

"Si dentro del término señalado se formulare alguna oposición debidamente fundamentada, el Ministerio de Industrias y Trabajo, en vista de las pruebas presentadas, decidirá si se suspende o se adelanta la propuesta de que se trata, sin perjuicio de que el interesado vencido haga valer contra la respectiva resolución las acciones de derecho común que sean pertinentes (artículo 23, Decreto 1054 de 1932)".

Conviene recordar que dentro de nuestro sistema jurídico en relación con el dominio minero, cuyo titular es generalmente el Estado, y para su exploración y explotación, se dividen las minas en dos especies principales: las adjudicables, sobre las cuales puede adquirirse propiedad particular mediante adjudicación que hace el Estado por los trámites legales administrativos la que se conserva y garantiza por las autoridades públicas mientras no se abandone la mina y las contratables, sobre las cuales se reserva la Nación el pleno derecho de dominio como bienes fiscales que son y sobre las cuales los particulares solamente pueden adquirir mediante los trámites legales correspondientes el derecho a explotarlas para obtener una parte de sus productos.

El Estado puede, en su condición de dueño de la propiedad minera, y por medio de leyes dictadas por motivo de interés nacional o de utilidad pública sustraer minas del régimen general que establece el código de la materia declarándolas inadjudicables y estatuyendo para su explotación un régimen especial, obligatorio para los particulares y para las autoridades.

Tal ha sucedido con la reserva nacional de las minas de metales preciosos ubicadas en los lechos de los ríos, iniciada en el año de 1877 con la expedición de la ley 38 que reservó para el Estado Soberano de Antioquia la propiedad de las minas formadas en el lecho y playas del río Cauca, disposición que adquirió carácter nacional con la adopción que la República hizo del código minero del citado Estado, y de la cual se han ocupado a partir de ese año, los decretos 1112 y 1328 de 1905, la ley 59 de 1909, la ley 72 de 1910, el decreto legislativo número 223 de 1932, hasta la ley 13 de 1937 en cuyo artículo 1o. se estableció:

"La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables, y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. La explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente, por medio de contratos celebrados con el Gobierno que serán sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la revisión del Consejo de Estado. Es entendido que esta disposición deja a salvo los derechos adquiridos conforme a las leyes.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no se opone al ejercicio de la industria popular conocida con el nombre de mazamorreo o lavadero de pobres, que el Gobierno garantizará en todo momento. También se tolerará el laboreo en pequeño de las minas reservadas mientras no hayan sido contratadas".

Para la cumplida ejecución de esta ley, que con la reserva en favor de la Nación de las referidas minas les quitó la adjudicabilidad para convertirlas en simplemente contratables para su explotación, se dictó por el Gobierno Nacional el decreto número 1343 de 22 de julio de 1937, a que pertenece el artículo 24 que se estu-

dia, con el objeto de reglamentar administrativamente la celebración de los contratos para la exploración y explotación de las minas de aluvión de metales preciosos pertenecientes a la reserva nacional. Los trámites legales administrativos que preceden a la adjudicación, cuando de minas adjudicables se trata, y los que preceden necesariamente hasta la celebración del contrato de explotación de las minas inadjudicables de la reserva nacional, son actos jurídicos del Estado en que actúa como persona de derecho público de acuerdo con precisas disposiciones de la ley igualmente imperativas para los particulares en relación con el Estado, y para éste mismo, y en cuya interpretación no proceden las reglas de hermenéutica contractual: son actos administrativos del poder público que deben ceñirse a las reglamentaciones legislativas. Es claro que habiéndose dispuesto por la ley que "la explotación de estas minas se llevará a cabo en conjunto con el lecho del río o separadamente por medio de contratos celebrados con el Gobierno", éste, de acuerdo con el mandato expreso de la ley, habría podido proceder a la celebración de los contratos de explotación correspondientes a minas de la reserva nacional sometiéndolos a la aprobación del Consejo de Ministros y a la revisión ulterior del Consejo de Esado, sin el trámite de la oposición que estableció el artículo 24 acusado para dar oportunidad a los terceros de salvaguardiar sus derechos adquiridos, ya que tales contratos, según los principios generales y la declaración expresa del inciso segundo del artículo 1o. de la ley 13 precitada, tenían que dejar a salvo los derechos adquiridos conforme a las leyes. Fue seguramente la circunstancia de no existir en el país un verdadero censo de minas adjudicadas, ni mapas mineros detallados que permitan determinar las minas que permanecen aún dentro del patrimonio nacional o las que a él han vuelto por virtud de su abandono, lo que aconsejó establecer en el decreto reglamentario la facultad de oponerse administrativamente a la celebración de contratos de concesión minera por parte de los titulares de derechos en las minas que hayan conservado su dominio de acuerdo con la ley, para evitar convenciones de explotación sobre zonas no libres y estorbos e inconvenientes al concesionario para la explotación inmediata de los metales. La necesidad legal y constitucional de dejar a salvo los derechos adquiridos sobre minas sometidas a propuestas de contrato explica y justifica que el Gobierno haya tratado de indagar la situación legal de las minas antes de proceder a la celebración del contrato de explotación, por medio del trámite administrativo de la oposición a que se refiere el artículo 24 en consideración. En estas ideas sobre la conveniencia de conocer el estado legal de las minas sujetas a una propuesta de contrato antes de convenir su explotación para dar realidad al inciso 2o. del artículo 1o. de la ley 13 de 1937, se inspira igualmente el artículo 27 del mismo decreto ejecutivo, en que se reglamenta probatoriamente la oposición autorizada en el artículo 24, con el cual forma un todo armónico y que no está sin embargo sometido a la demanda de inexequibilidad. Dice esta disposición:

"Para que prospere una oposición basada en el inciso 2o. del artículo 1o. de la ley 13 del presente año, es necesario que el interesado presente en oportunidad el título de adjudicación de la mina expedido con anterioridad al 27 de febrero de 1937 debidamente registrado y a que se refiere la oposición, la comprobación de que el adjudicatario o sus sucesores han conservado sobre dicha mina la posesión regular, y los documentos o pruebas que acrediten la identidad entre la zona o parte de la zona solicitada en contrato y la mina poseída con posesión regular por el opositor. Cuando se trate de minas matriculadas, es suficiente presentar el certificado de matrícula y el de su actual vigencia".

Determinada así la finalidad a que seguramente obedeció el establecimiento del

trámite de oposición a que se ha hecho referencia en el decreto reglamentario de la citada ley 13 de 1937, procede la consideración del significado y alcance de la decisión administrativa que resuelve la oposición para deducir si el artículo 24 del decreto 1343 de 1937 que la estableció, armoniza o pugna con la Constitución Nacional, especialmente con la norma que consagra la separación y limitación de los poderes públicos, que es el aspecto usado por los demandantes para fundar su acusación.

Según el precepto acusado, el Ministerio de Industrias y Trabajo por medio de su correspondiente sección (convertido después en el de Economía Nacional y hoy, para el efecto, en el de Minas y Petróleos, lo que le da mayor jerarquía y autoridad a la decisión administrativa), queda investido de la facultad de decidir, "en vista de las pruebas presentadas", si adelanta o suspende la propuesta de contrato para la explotación de minas de la reserva nacional, "sin perjuicio de que el interesado vencido haga valer contra la respectiva resolución las acciones de derecho común que sean pertinentes". De acuerdo con los términos inconfundibles de esta disposición, la resolución ministerial que recaiga ordenando que se adelante la contratación para la explotación minera por considerarse infundada la oposición, que es el caso de interés para los actores, apenas significa que el representante de los intereses nacionales, el Organo Ejecutivo, que es el legalmente adecuado para apreciar y declarar si una mina está o no comprendida dentro de la reserva nacional, considera que la solicitada en contrato es de propiedad de la Nación, explotable, por consiguiente, por medio de una concesión minera. Pero de esta afirmación que compete indudablemente a la Nación como titular del dominio minero, hecha por intermedio del funcionario competente de acuerdo con los medios que la naturaleza de sus funciones le imponen, no puede deducirse en manera alguna que la Nación consolide o adquiera un derecho con desposeimiento o sacrificio de quien se considera titular de la propiedad minera a que se refiere el contrato propuesto. "La simple celebración del contrato de explotación en los términos de la ley 13 de 1937 y de los decretos reglamentarios — como dice en su vista el señor Procurador General, — aun interviniendo una oposición a la celebración de ese contrato, no hace más que generar un vínculo mutuo de derechos y obligaciones entre la Nación y el proponente, pero sin que la creación de ese vínculo implique necesariamente la anulación del derecho que crea tener el opositor sobre la mina que es objeto de aquel contrato. Ni ese contrato ni la resolución que lo autoriza entrañan por sí solos consecuencias de un acto de ejecución por parte de los funcionarios administrativos que implique desposeimiento del opositor en la situación jurídica que tenga, ni en la posesión material de la mina de que se considera titular; es decir, que ni esa resolución ni ese contrato revisten el carácter, ni producen los efectos, de actos jurisdiccionales o sea que tengan el poder de destruír una situación anterior de derecho y de hecho. De tal suerte, pues, que si se proponen y prosperan las acciones de derecho común que el opositor tenga a su favor, se deshacen, los efectos del contrato entre la Nación y el proponente, y se deshacen, con las consecuencias jurídicas que el fenómeno entraña de acuerdo con nuestro derecho civil. Podrían decir, sin embargo, los acusadores, que todo esto no es sino una seguridad nominal y que por el momento no dejaría de ser mortificante la situación del opositor. Aun admitiendo esto, es lo cierto que la Nación debe llevar su actuación responsable en la gestión administrativa hasta el límite en que preserve y defina la situación de lo que, con fundamento serio, considera incluído en su patrimonio, que como convergente al interés general, por los fines que debe cumplir el Estado, debe prevalecer sobre el interés particular, interés éste que aun en el caso extremo contem-

plado no queda desposeído de lo que él pueda seguir considerando su derecho".

Ninguna cuestión de dominio privado se decide, pues, jurisdiccionalmente en la resolución administrativa que pone fin al incidente de oposición a que se adelante un contrato de explotación de una mina que la Nación considera comprendida dentro de su reserva, a cuya efectividad y conservación debe atender por medio de los órganos del poder público, y de esta manera se ve que el cargo de concentración de poderes que con ocasión de este tramite administrativo de oposición se ha formulado, carece por completo de fundamento.

Considera la sentencia que en todos los casos y ocurrencias en que el legislador ha previsto conflicto entre intereses particulares o entre éstos y los de la Nación en torno de propiedades mineras, ha sido norma invariable, para estar dentro de la exigencia constitucional de la separación de poderes, dejar el conocimiento y decisión de estas controversias al órgano judicial. Pero si cierto este principio enunciado así generalmente, su aplicación no es absoluta porque está condicionada por la ley misma y por la naturaleza, origen y alcance de las pretensiones mineras que entren en controversia. No toda pretensión de esta especie que entre en conflicto con otra de carácter particular puede mover legítimamente la jurisdicción judicial ordinaria; es necesario que se vincule a un mejor derecho previamente adquirido sobre la mina en cuestión y que no se refiera a trámites exclusivamente administrativos por su naturaleza y alcance, como sucede en la oposición que se está considerando, destinada, como ya se ha visto, a descubrir y establecer la situación legal de una mina en ejercicio de actividades estrictamente administrativas por parte del poder público para decidir si es el caso de adelantar la celebración de un contrato para la explotación de un bien nacional, pero sin alcance ni poder jurisdiccional sobre el derecho de propiedad que sobre tal mina pueda corresponder a particulares cuya situación jurídica no se desconoce ni perjudica y expresamente se deja a salvo. "La oposición autorizada por la legislación minera —ha dicho la Sala de Casación Civil de esta Corte— es una impugnación al derecho de un denunciante a que se le dé posesión de una mina hecha por un particular con fundamento en un pretendido derecho anterior a esa misma mina. Siempre son derechos de particulares sobre minas que el Estado cede lo que se ventila ante el poder judicial en los juiciós ordinarios que se originan en las oposiciones. En estos debates, en general, no pueden entenderse perjudicados ni limitados los poderes y facultades de soberanía que corresponden al Estado, pertenecientes al orden público y relacionados con la reglamentación de la explotación minera, en la parte que permanece aún dentro de su patrimonio, sobre minas que no han sido todavía adjudicadas por no haber culminado en relación con ellas el proceso administrativo que establece la ley" (G. J. t. XLVII página 278). "El código de minas ha establecido en su capítulo VI la institución de las oposiciones con el exclusivo objeto de dar salvaguardia y amparo a los derechos de terceros vinculados en alguna forma al dominio y posesión de la mina cuya adjudicación se ha solicitado. La oposición viene a ser así una actitud de defensa de un derecho, que por su propia naturaleza y significación se relaciona con una anterior situación legal, que puede determinar la prevalencia de un mejor derecho a la adjudicación y titulación de la mina. De esta manera se explica y justifica el mandato legal que establece la suspensión del trámite simplemente administrativo que corresponde a la adjudicación de minas cuando se presenta una oposición en la oportunidad y forma debidas para llevar el expediente a la decisión soberana de las autoridades judiciales, únicas competentes dentro de nuestro sistema institucional de la separación funcional de los órganos del poder público, para decidir en el fondo la con-

troversia entre particulares sobre derechos a la propiedad de una mina. La intervención del órgano judicial en el procedimiento administrativo establecido en nuestra legislación minera no está autorizado ni es procedente sino cuando surgen pretensiones encontradas sobre la propiedad o posesión de la mina solicitada legalmente. La oposición que obra el tránsito del expediente a la autoridad judicial no dice relación directa con el Estado en el sentido de eficacia de su función administrativa, sino que se enfrenta con otra pretensión particular que a su turno se vincula al Estado por otra gestión administrativa.... No toda oposición implica decisión judicial. Algunas hay de carácter administrativo como la que se desprende del artículo 9o. del decreto legislativo número 223 de 1932, o que versan exclusivamente sobre validez de actos administrativos y no sobre pretensiones opuestas por derechos vinculados al dominio o posesión de la mina entre particulares, de que puede ser ejemplo la en estudio, que son de la competencia, conocimiento y fallo de las autoridades administrativas correspondientes, que son las que deben decidir sobre la calidad de la oposición para remitirla o no a la jurisdicción judicial". (G. J. t. página)

Facultad de investigación y decisión administrativa como la concedida al órgano ejecutivo por el artículo 24 acusado, que encajan también dentro de la función ordinaria que compete al Estado en el régimen jurídico de la administración de la propiedad minera, sin alcance jurisdiccional sobre el derecho real de dominio y con salvedad de los derechos adquiridos por particulares, puede hallarse, entre otros, en el artículo 9o. del decreto 223 de 1932, que autoriza a los agentes del órgano ejecutivo para rechazar denuncias de minas, cuando se acredite por un opositor, con el correspondiente recibo, que por la mina de que trata el denuncio se ha pagado oportunamente el impuesto respectivo: o con relación a minas que han sido redimidas a perpetuidad (ley 58 de 1909, artículo 3º); en el artículo 7º de la ley 14 de 1923 que autoriza la resolución administrativa de oposiciones a propuestas de contrato para la explotación de petróleos de propiedad nacional, y en el artículo 5º de la ley 13 de 1937, que estableció que no se podrán denunciar, en todo ni en parte, aquellas minas que además de haber pagado los impuestos vigentes estén matriculadas de conformidad con lo dispuesto en ese artículo, y que, en consecuencia, los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales desecharán las denuncias de minas que se les hagan cuando aparezca de manifiesto o se acredite con las pruebas correspondientes, que con el denuncio de que se trata se vulneran los derechos de los propietarios sobre las minas matriculadas. No hay razón para considerar, y por contrario se justifican más, que estos incidentes dentro de los trámites administrativos de adjudicación minera, destinadas a tutelar intereses y derechos de particulares, dejan de ser armónicos con la organización institucional del país cuando se les destina a salvaguardiar los intereses y propiedades nacionales dentro del sistema de la explotación de las minas de la reserva nacional por medio de contratos. La restricción que al régimen ordinario de adjudicación minera introdujo el artículo 1o. de la ley 13 de 1937, como todas las de análoga naturaleza a ésta, que estableció un régimen contractual de explotación para ciertas minas declaradas de la reserva nacional con excepción de las adjudicadas con anteriodidad a su vigencia, con tal que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conserven su dominio privado de acuerdo con la ley, es una restricción perteneciente al orden y al derecho público nacional, no susceptible por tanto de variaciones ni atenuaciones por la voluntad de los particulares, y en cuya exacta ejecución y cumplimiento están comprometidos el deber y las funciones de todas las autoridades públicas competentes.

Por lo demás, la resolución administrativa sobre la oposición autorizada por el

artículo 24 en estudio, tiene su antecedente inmediato en el artículo 23 del decreto número 1054 de 1932, citado en aquél en paréntesis final, no acusado de inexequibilidad y que rige hoy por disposición expresa del artículo 18 del decreto 1343 de 1937 para casos en que el contrato propuesto tenga por objeto la exploración y explotación del lecho del río eje de la zona de la reserva, disposición esta última no comprendida tampoco en esta demanda de inconstitucionalidad y que consagra el sistema de oposición y resolución administrativa de ella, lo mismo que el artículo 24 ibidem, en los siguientes términos:

"Mientras no hayan transcurrido treinta días hábiles, a partir de la tercera publicación del extracto de la propuesta en el Diario Oficial, toda persona puede oponerse al contrato propuesto, formulando su oposición por escrito ante el Ministerio de Industrias (hoy de Minas) acompañada de las pruebas en que funde tal oposición. El Ministerio en vista de las pruebas presentadas decidirá si suspende o si adelanta la tramitación de la propuesta, sin perjuicio, en este caso, de los derechos del opositor por la vía ordinaria ante el Poder Judicial".

El Ministerio de Minas y Petróleos, que es el competente hoy dentro de la nomenclatura y funciones ministeriales, al desechar una oposición y disponer que se adelante la celebración del contrato de explotación respectivo, no hace, pues, ninguna declaración ni definición de dominio en los términos y con la trascendencia y alcance con que sólo podría ser hecha constitucionalmente por el órgano judicial del poder público, de tal modo que el artículo 24 del decreto número 1343 de 1937 que autoriza este procedimiento cabe dentro de las atribuciones administrativas que corresponden al Organo Ejecutivo para la aclaración y defensa de la reserva minera nacional establecida por las leyes, a cuyo exacto cumplimiento debe proveer, y no pugna, por consiguiente, con la Constitución en el sentido de invadir extrañas órbitas jurisdiccionales, ni en ningún otro sentido.

Hernán Salamanca—Ricardo Hinestrosa Daza—Absalón Fernández de Soto—Campo Elías Aguirre—José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Pedro León, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO de los magistrados Aníbal Cardoso Gaitán, Juan A. Donado, Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo y Arturo Tapias Pilonieta, respecto de la segunda parte de la sentencia anterior, en cuanto se abstiene de declarar la inexequibilidad de los artículos 46 y 58 del decreto número 836 del 11 de mayo de 1938.

Salvamos nuestro voto con respecto a la declaración de exequibilidad que la Corte hace de los artículos 46 y 58 del decreto número 836, disposiciones que para nosotros son también inconstitucionales por iguales motivos a los que sirven de fundamento a la declaración de inexequibilidad del artículo 24 del decreto 1343 de 1937.

Los artículos mencionados del decreto 836 de 1938, "orgánico y reglamentario del censo de la propiedad minera", disponen en su orden:

Que cuando un interesado quiera que la mina que le pertenece se excluya del censo general de las minas de la reserva nacional, podrá presentarse ante el ministerio respectivo con la respectiva solicitud acompañada de los documentos y pruebas que estime conducentes para fundamentar sus derechos. Si de tales pruebas apareciere la demostración de que la mina es de propiedad del interesado, así lo declarará el ministerio, y en consecuencia ordenará que se excluya la mina del censo de minas de la reserva nacional, de que trata el capítulo X del decreto en mención, del cual hacen parte las dos disposiciones. Al interesado se le expedirá una copia de la resolución respectiva, que junto con el título de adjudicación y la prueba de la conservación actual de la mina, le servirá para oponerse a la celebración del contrato de exploración y explotación con el gobierno, que cualquier tercero proponga sobre aquélla. (Artículo 46).

Y que cuando las minas abandonadas no hubieren sido recuperadas antes de la vigencia de las disposiciones legales que establecieron las reservas, y siempre que queden comprendidas dentro de las zonas de la prohibición, el ministerio respectivo las declarará abandonadas e incluídas dentro de la reserva nacional. En caso contrario las declarará abandonadas pero con el carácter de recuperables por los interesados y de denunciables por terceras personas. (Artículo 58).

Ya antes el mismo decreto 836 en el artículo 44 había dicho que las minas descubiertas o que se descubran en los trayectos o riberas de los ríos navegables pertenecen a la reserva nacional de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y sólo podrán ser explotadas mediante contrato con el gobierno en los términos del decreto 1343 de 1937 "con excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a la vigencia de los preceptos legales que establecieron la reserva, siempre que los adjudicatarios de tales minas o sus sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley". Y en el artículo 45 dispuso el decreto que la excepción de que trata el artículo anterior podrá establecerse a solicitud de parte o de oficio, en la forma dispuesta en los artículos subsiguientes, entre los cuales están el 46 y el 58, que nosotros encontramos inconstitucionales por la atribución que en ellos se da al gobierno para definir sumariamente el derecho de propiedad minera de los particulares.

En efecto, estas dos disposiciones hay que ponerlas además en relación con los artículos 60 y 61 del mismo decreto, preceptos estos a los que sí no les notamos vicios de inconstitucionalidad, porque obedecen al derecho del Estado para velar por la conservación de su patrimonio. Establecida esa relación aparece de manifiesto el alcance lógico que deben tener las decisiones que el respectivo ministerio pronuncie, según los artículos 46 y 58. En efecto, el artículo 60 dispone que en cualquiera de los casos previstos en el decreto (por consiguiente quedan incluídos también los casos de las decisiones que

tome el gobierno a virtud de los artículos 46 y 58), si la mina de que se trata estuviere en explotación, tendrá preferencia para su explotación mediante contrato el respectivo explotador (que bien puede ser el poseedor regular vencido en la decisión administrativa), siempre que haga la manifestación de allanarse a celebrar el contrato dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia, y que se comprometa a pagar a la nación dentro de los seis meses siguientes la diferencia entre los impuestos pagados y la participación nacional correspendiente durante todo el tiempo en que la mina hubiere estado en explotación. Y el artículo 61 dispone textualmente: "En cualquiera de los casos previstos en el artículo anterior (ya está vista la comprensión de casos que tiene el artículo 60), el ministerio de Industrias y Trabajo (hoy el de Minas y petróleos) procederá a tomar las providencias que estime conducentes para **impedir** que se continúe la explotación **indebida** de las minas que pertenecen a la **reserva nacional**, salvo que entre el explotador y el gobierno se llegue al acuerdo contemplado en la misma disposición".

De consiguiente, tanto el interesado vencido que solicitó con títulos más o menos perfectos de propiedad, otorgados por el Estado antes de las leyes que consagraron las reservas, que la mina amparada por esos títulos, calificados de insuficientes por el ministerio, se excluyera del censo general de minas de la reserva nacional, como el dueño de una mina declarada en abandono, según el artículo 58, quedan necesariamente desalojados de la posesión que hasta entonces habían tenido, pues no podrán continuar trabajando el mineral, según el artículo 61, y hasta podrán ser lanzados, todo por causa de la consiguiente resolución administrativa, que de esta manera desata pretensiones encontradas del Estado con los particulares, sobre cuestiones reguladas por el derecho privado.

La gravedad y trascendencia que en el fallo anterior demostramos que tenía el artículo 24 del decreto 1343 hácense así también ostensibles respecto de los otros dos artículos citados. Tanto el uno como los otros confieren facultades que extralimitan la orbita natural dentro de la cual se debe mover la función administrativa, invadiendo la competencia del órgano judicial del Poder Público.

Por otra parte el decreto 836 deriva su fuente de los numerales 26, 27, 28 y 29 del artículo 11 del decreto ejecutivo 666 de 1936 y de los artículos 7o. del decreto número 223 de 1932 y 1o. y 6o. de la ley 13 de 1937.

Pues bien, de ninguno de los textos citados, y en los cuales se apoya el decreto, se desprende la más mínima facultad para dictar los artículos 46 y 58, con el alcance que tienen dichas disposiciones.

La norma más pertinente que podría tomarse como base sustantiva y legal de los mencionados dos artículos sería el artículo 6o. de la ley 13 de 1937, que dice: "Facúltase al Gobierno para reorganizar la Dirección General de Minas del Ministerio de Industrias y Trabajo, a fin de dotar al país de una dependencia que esté en capacidad y disponga de los medios adecuados para atender eficientemente las conveniencias, necesidades, ejercicio, desarrollo, fomento y defensa de la industria minera en el país".

De dónde podría sacarse fundamento, dados los términos de la ley, para deducir que al ejecutivo se le concedieron autorizaciones para asumir una jurisdicción administrativa, destinada a fallar sobre propiedad de minas, que en todo caso envuelve cuestiones de índole civil, cuya regulación es de la privativa competencia del legislador, conforme quedó demostrado en la primera parte de la resolución anterior?

Todo lo expuesto nos hace pensar que los artículos 46 y 58 del decreto 836 de 1938 adolecen de los mismos fundamentales reparos con los cuales se declara la inconstitucionalidad del artículo 24 del decreto 1343.

Este el motivo de nuestro disentimiento a las tesis y parte de las conclusiones contenidas en la segunda parte del fallo anterior.

Bogotá, 21 de febrero de 1941.

Aníbal Cardozo Gaitán — Juan A. Donado V. — Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACUSACION COMO INCONSTITUCIONALES DE LOS ORDINALES B) Y D) DE LA LEY 54 DE 1939 Y DE LOS ARTICULOS 1o. Y 3o. DEL DECRETO NUMERO 358 DE 1940. — CLASIFICACION DE LAS VARIAS CLASES DE DECRETOS EMANADOS DEL ORGANO EJECUTIVO DEL PODER PUBLICO. — DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE FACULTADES EXTRAORDINARIAS.

1.—Los Decretos emanados del Organo Ejecutivo pueden dividirse en cinco clases, a saber: 1o. Decretos legislativos propiamente dichos, llamados así por el artículo 11 de la ley 153 de 1887; 2o. Decretos con fuerza de leyes, llamados por los comentadores Decretos-Leyes o Decretos de carácter extraordinario, dictados por él Gobierno en uso de precisas facultades extraordinarias; 3o. Decretos que dicta el Gobierno basado en una autorización especial y expresa, de carácter ordinario, que le concede el Congreso en uso de la atribución 8a. del artículo 69 de la Constitución; 4o. Decretos reglamentarios que dicta el Gobierno en uso de la atribución que le concede el ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución; 5o. Decretos que podrían llamarse simplemente ejecutivos, que dicta el Gobierno para ejercer funciones constitucionales o legales, como los que se refieren al nombramiento de empleados. 2.— Los Decretos que dicta el Gobierno en ejercicio de precisas facultades extraordinarias deben dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes; por ellos pueden reformarse, suspenderse y aun derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias; no necesitan llevar las firmas de todos los Ministros, sino la del Presidente y la del Ministro o los Ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta cuando el Congreso, o el Gobierno, en uso de nuevas facultades extraordinarias, las modifiquen, suspendan o deroguen. En ese caso, según los tratadistas, más que una delegación de funciones, el Congreso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del Organo Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades extraordinarias no tendría.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, trece de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El doctor Carlos H. Pareja, en su calidad de ciudadano colombiano y haciendo uso del derecho que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional, acusa como contrarias a ella las siguientes disposiciones:

"1o. La ley 54 de 1939 ' por la cual se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República', pero la acusación se limita a lo siguiente:

a). El ordinal b) del artículo 1o. de la Ley en cuanto faculta al Presidente para la 'reforma.... de las disposiciones vigentes sobre control de cambios, exportaciones o importaciones, y de los contratos celebrados por el Gobierno con el Banco de la República sobre la misma materia y sobre la intervención del Banco en la compra y venta de cambio exterior'; la tacha no envuelve sino la facultad de reformar

las leyes sobre los puntos allí indicados, inclusive las leyes aprobatorias de los contratos que menciona; y

b). El ordinal d) del mismo artículo en cuanto faculta al Presidente para la '**modificación** de la legislación bancaria vigente'; y

2o. El Decreto extraordinario número 358 de 1940, que aparece inserto en el **Diario Oficial** número 24.301, que acompaño, pero la acusación se limita así:

a). Al artículo 1o. que dice: 'Artículo primero: el Consejo Nacional de Administración y Disciplina establecido por el artículo 11 de la Ley 165 de 1938, estará integrado, en su primer período, que empezará a contarse a partir del 1o. de marzo del presente año, por tres miembros, nombrados por el Gobierno así: dos de ellos de su libre elección y uno de las ternas presentadas por los organismos de empleados favorecidos por la citada Ley, legalmente constituídos', únicamente en cuanto reduce a **tres** los miembros del Consejo que la Ley fija en **cinco**, y en cuanto, por lo mismo, reduce a **uno** el miembro elegido de las ternas de empleados, que la Ley fija en **dos**; y

b). Al artículo 3o. que dice: 'Artículo tercero. Los Consejos Departamentales de Administración y Disciplina estarán formados por tres miembros, nombrados por el Gobernador del respectivo Departamento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1o. para el Consejo Nacional', pero únicamente en cuanto limita a tres los miembros que la Ley fija en **cinco** y en cuanto ordena seguir, para la elección de esos miembros, el mismo procedimiento ya tachado, o sea que mediante él se reduce a **uno**, en vez de los **dos** que señala la Ley, los miembros representantes de los organismos de empleados".

Los fundamentos de su acusación los expresa el demandante así:

"1o. La Ley, al facultar al Presidente para reformar o modificar leyes vigentes, envuelve una delegación que hace el Congreso al Presidente de la atribución indelegable que al Congreso asigna la Constitución en el artículo 69, ordinal 1o., en concordancia con el artículo 54 de la misma Carta que establece categóricamente que 'la potestad de hacer leyes reside en el Congreso'; y la Constitución, ciertamente, no ha autorizado al Congreso para hacer delegación de esa magnífica potestad. El único caso en que la Constitución permite que el Presidente y sus Ministros dicten decretos con fuerza legislativa, es en el caso de estado de sitio, artículos 113, ord. 8o. y 117, y ni aun en ese caso tan grave, mediante tan severos requisitos como los allí establecidos, pueden tales decretos reformar o modificar las leyes vigentes: tan sólo pueden **suspender** las que sean incompatibles con aquel estado, pero provisionalmente. Las facultades extraordinarias que el numeral 9o. del artículo 69 de la Constitución autoriza al Congreso a darle al Presidente, son facultades reglamentarias de carácter extraordinario, incapaces de invadir el campo soberano reservado a la Ley. Absurdo sería suponer que pueda el Congreso, por medio de una simple Ley votada como las demás leyes ordinarias autorizar al Presidente para más de lo que la misma Constitución lo autoriza en el caso de estado de sitio; admitir eso, sería como admitir que el Congreso puede, por una Ley, **crear** un legislador distinto, o que el Presidente de la República puede, por un Decreto, **crear** otro Presidente de la República adicional; o que la Corte Suprema de Justicia puede, por medio de una resolución, crear otra Corte suplementaria. Las atribuciones potestativas y constitucionales de esos grandes órganos del Poder Público son indelegables por esencia. Me limito a exponer esas razones en forma sintética, porque ya las he expuesto extensamente en otro sitio (**Ver mi curso de Derecho Administrativo**, Segunda Edición, 1939, págs. 70 y ss.).

2o. El Decreto acusado se dice dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias que confiere al Presidente de la República la Ley 54 de 1939, pero esta Ley no autoriza en parte alguna al Presidente pa-

tomar las atribuciones que ejercita en el decreto acusado; como las facultades extraordinarias son precisas, tendría qué constar entre ellas la necesaria para modificar la Ley de Carrera Administrativa y no consta, ni siquiera por analogía. Además, la misma Ley de Carrera Administrativa, en el artículo 11 reglamentado por el decreto, es muy clara y no admite interpretaciones por analogía en los puntos tachados; por último, en el artículo 15, esta ley faculta al Gobierno para expedir decretos **reglamentarios** y **complementarios**, pero no **modificatorios** de ella. La modificación hecha por el Gobierno a la Ley de Carrera implica un recorte de las garantías que la misma ley da a los empleados, puesto que es mejor para éstos hallarse representados por **dos** que por un solo miembro en los Consejos.

Por último, suponiendo que el Decreto 358 de 1940 fuera un Decreto-Ley capaz de modificar, derogar, interpretar y suspender las leyes y la Constitución Nacional misma (pues tan absurdo creo lo primero como sería esto último), debería estar firmado por todo el Gabinete, y no por solo dos Ministros".

Corrido el traslado correspondiente al señor Procurador General de la Nación, ese alto funcionario se expresa así, respecto de la acusación de la Ley 54 de 1939:

"Si de acuerdo con el ordinal 3o. del artículo 115 de la Constitución, en el Presidente de la República reside de ordinario la potestad reglamentaria, como allí se establece de manera clara y terminante, sería inoperante y redundante el que el Congreso lo revistiera **pro-tempore** y de manera extraordinaria de esas mismas facultades.

"Pero es lo cierto que, de acuerdo con los textos constitucionales, una es la potestad reglamentaria que tiene el Presidente como suprema autoridad administrativa, y en virtud de la cual expide las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para que tengan una cumplida ejecución las leyes, y otra muy distinta la que ejercita cuando investido por el Congreso de facultades extraordinarias dicta ordenaciones que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes.

"Cuando el Congreso, en vista de ciertas necesidades, reviste al Presidente de facultades extraordinarias para reformar, como es el caso, las disposiciones sobre control de cambios, exportaciones e importaciones, los contratos celebrados por el Gobierno con el Banco de la República sobre las mismas materias y sobre la intervención del Banco en la compra y venta de cambio exterior y la legislación bancaria, ello no implica que haya delegado la potestad legislativa que en él reside y que le es privativa, violando así los artículos 69, ordinal 1o., y 54 de la Constitución, sino que ha ejercido una facultad constitucional; aquella que determina el ordinal 9o. del artículo 69 de la misma Carta. Y si ello es así,como lo es en realidad, no pueden tacharse de inconstitucionales las disposiciones acusadas, porque sería tanto como desconocerle al Congreso la atribución ya dicha de revestir al Presidente de facultades extraordinarias; y negarle al Presidente el que revestido de ellas pueda reformar o modificar las leyes vigentes, es desconocerle a éste el derecho de obrar, por derecho propio, en virtud de las facultades extraordinarias de que viene a hacer uso por ministerio de la Constitución. Por esto ha dicho la Corte que si se han de entender las facultades extraordinarias en el sentido 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 demás el referido numeral 10º (hoy 9o.), pues para conferir al Gobierno autorizaciones que en su ejercicio no traspasen la esfera constitucional, basta con el numeral 9o. (hoy 8o.), y para ejercer la potestad reglamentaria, agregamos nosotros, no hay necesidad de que el Congreso lo revista de facultades extraordinarias.

"Ahora bien: si se considera el asunto

desde otro punto de vista, es decir, desde aquél en virtud del cual, al revestir el Congreso al Presidente de precisas facultades extraordinarias **pro-tempore**, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen, hace en él una verdadera delegación legislativa, entonces el Presidente, como mandatario que es del Congreso y al ocupar su lugar y obrar en su nombre, puede obrar como haría el Congreso mismo según lo enseñan los obvios principios de representación en todos los campos del derecho; y por consiguiente, con plena autoridad como la que tiene el Congreso, dictar ordenaciones que modifiquen o reformen las leyes vigentes.

"Pero como se objeta que la atribución de dictar y modificar las leyes es indelegable y que ella reside únicamente en el Congreso, veamos nuestro pensamiento en el particular:

"Cada vez que se avoca en el Congreso el tópico de las facultades extraordinarias o que se introduce en la Corte la acusación de las leyes que las conceden, se plantea la discusión alrededor de este problema.

"La Corte se ha pronunciado últimamente, en varias sentencias, acogiendo la tesis de la delegación, así como en la sentencia de 15 de marzo de 1915 había dicho que el revestir de facultades extraordinarias al Presidente no implica una delegación de facultad privativa del Congreso, sino el ejercicio de una facultad constitucional.

"Los partidarios de la no delegación, fuera de argumentar como lo hace aquí el demandante, trayendo a colación las facultades extraordinarias que adquiere el Presidente al declarar el estado de sitio, traen en su apoyo la opinión del doctor José María Samper, del Consejo de Delegatarios que expidió la Constitución de 1886, el cual afirma en sus comentarios que el Congreso, a título de conceder facultades extraordinarias al Presidente, no puede delegarle sus propias atribuciones.

"Contra esta opinión existen los siguientes argumentos:

"El artículo 69 de la Constitución vigente, que corresponde al 76 de la Constitución de 1886, tiene como antecedente el artículo 49 de la Constitución de 1863, el cual traía el siguiente encabezamiento:

"Son atribuciones **exclusivas** del Congreso:"

"Además, el mismo constituyente del 63, no satisfecho por el adjetivo **exclusivas** con él que encabezó el texto mencionado, agregó en el artículo siguiente, o sea el 50:

"Ni el Congreso ni las Cámaras Legislativas por separado podrán delegar ninguna de sus atribuciones".

"La no inclusión en la Constitución de 1886 ni en sus actos legislativos reformatorios, de la disposición de la Constitución del 63 antes transcrita, y la supresión del adjetivo **exclusivas**, al señalar las atribuciones del Congreso, son indicativos de que en la mente de los delegatarios del 86 al reaccionar contra la rigidez de los textos constitucionales del 63, sí estuvo el que el Congreso pudiera delegar en el Presidente cualquiera de sus atribuciones propias, en los términos expresamente previstos por el constituyente y para los casos y circunstancias preestablecidos en la misma ley suprema.

"A ello debe agregarse el antecedente legislativo de que desde el año de 1886 hasta hoy, por numerosas leyes de facultades extraordinarias, se ha revestido al Presidente de las diferentes atribuciones que la Constitución asigna al Congreso.

"El más amplio y concienzudo estudio sobre el problema de las facultades extraordinarias que el Organo Legislativo puede conferir al Organo Ejecutivo, lo realizó la H. Corte Suprema con motivo de la demanda formulada en abril de 1933 por los señores Carlos José Infante y Alfonso Robledo Mejía contra los artículos 4o. de la Ley 99 de 1931 y 3o. de la Ley 119 del mismo año y contra todos los decretos dictados con apoyo en tales artículos.

"La sentencia del 26 de septiembre de 1933, que decidió la demanda, es una fuen-

te de completa ilustración sobre el tema de las facultades extraordinarias que autoriza el numeral 9o. del artículo 69 de la Constitución vigente, o sea el numeral 10o. del artículo 76 de la Constitución de 1886. Todo cuanto pudiera decir esta Procuraduría para refutar la demanda del doctor Pareja, está expuesto magistralmente y con la máxima autoridad en la mencionada sentencia. Me acojo, pues, a ella y me permito darla por reproducida aquí en todo lo pertinente al caso que ahora se discute. (La sentencia en referencia corre publicada en el número 1886, del 26 de marzo de 1934 de la Gaceta Judicial)".

En lo tocante al decreto acusado, número 358 de 1940, dice el señor Procurador que el demandante no señala texto alguno constitucional afectado, pero sostiene que en ninguna parte de la Ley 54 de 1939 se autoriza al Presidente para dictar las medidas que contiene el Decreto.

Agrega el señor Procurador, y la Corte comparte este concepto, que en el propio Decreto "quedaron expuestos los motivos en los cuales se fundó el Gobierno para expedirlo, motivos y fundamentos tomados no sólo de la ley de carrera administrativa, sino de manera principal en la facultad extraordinaria concedida por el Congreso para reducir los gastos públicos, a fin de mantener el equilibrio presupuestal y fiscal", y que, "al hacerlo no ha violado ninguna norma constitucional sino que se ha ajustado a la precisa facultad que le otorgó el Congreso en el ordinal e) de la Ley 54 de 1939".

Se considera:

Sería suficiente lo dicho por el señor Procurador General de la Nación para refutar los argumentos de la demanda del doctor Pareja, y para estimar que sus pretensiones no pueden prosperar; pero como quiera que en ella se sostiene que las facultades extraordinarias no son otra cosa que una ampliación de las facultades reglamentarias que por ministerio de la Constitución tiene el Presidente de la República, y que el Gobierno sólo puede dictar Decretos de carácter legislativo en virtud de la turbación del orden público, la Corte juzga necesario hacer un estudio de las distintas clases de Decretos que puede dictar el Organo Ejecutivo, a fin de aclarar las confusiones y dudas que existen en esta materia.

Teniendo en cuenta los preceptos constitucionales y legales respectivos, pueden dividirse en cinco clases los decretos emanados del Organo Ejecutivo, a saber:

I. Decretos legislativos propiamente dichos, llamados así por el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, que son los que dicta el Gobierno en virtud de autorización constitucional, en caso de guerra exterior o de conmoción interior, mediante declaración de haberse turbado el orden público en toda la Nación, o en parte de ella. Tales Decretos deben llevar las firmas de todos los Ministros y el Gobierno no puede, por medio de ellos, derogar o modificar las leyes existentes, sino suspender simplemente las que sean incompatibles con el estado de sitio. Esos Decretos dejan de regir tan pronto como se ha declarado restablecido el orden público.

II. Decretos con fuerza de leyes, llamados por los comentadores Decretos-Leyes, o Decretos de carácter extraordinario, que son los que dicta el Gobierno en uso de precisas facultades extraordinarias, cuando de ellas lo reviste el Congreso, pro-tempore, porque la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen (ordinal 9o. del artículo 69 de la Carta). Estos Decretos deben dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes; por ellos pueden reformarse, suspenderse y aun derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias; no necesitan llevar las firmas de todos los Ministros, sino la del Presidente y la del Ministro o los Ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta

cuando el Congreso, o el Gobierno, en uso de nuevas facultades extraordinarias, los modifiquen, suspendan o deroguen. Consideran los tratadistas que en este caso, más que una delegación de funciones, el Congreso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del Organo Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades extraordinarias no tendría.

III. Decretos que dicta el Gobierno basado en una autorización especial y expresa, de carácter ordinario, que le concede el Congreso en uso de la atribución 8a. del artículo 69 de la Constitución, como cuando lo faculta para reorganizar un Ministerio, determinar las dependencias que debe tener, el número de empleados, las atribuciones y asignaciones, etc..... Tales Decretos no son propiamente reglamentarios, sino que tienen también fuerza de Ley y el Gobierno no podría reformarlos, suspenderlos o derogarlos sino de acuerdo con nueva autorización del Congreso, como no podría tampoco, una vez usada la facultad concedida, hacer nuevo uso de ella. En este caso puede decirse también que el Congreso amplía la competencia del Organo Ejecutivo, o le atribuye funciones que de otro modo no tendría.

IV. Decretos reglamentarios, que dicta el Gobierno en uso de la atribución que le concede el ordinal 3o. del artículo 115 de la Constitución. Respecto de ellos ha dicho la Corte:

"El Gobierno, al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; él no puede variar en lo mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta". (Jurisprudencia de la Cor- Tomo II, números 648 y 1906-.

V. Decretos que podrían llamarse simplemente Ejecutivos, que dicta el Gobierno para ejercer funciones constitucionales o legales, verbi-gracia, sobre nombramiento de empleados. Entre éstos pueden incluírse, para no formar una clase distinta, los que dicta solo el Presidente de la República, sin la firma de ninguno de los Ministros: los relativos al nombramiento o remoción de Ministros (artículo 120 de la C. N.)

Se deduce de lo dicho que no son suficientes las razones alegadas por el demandante para demostrar la inconstitucionalidad de la Ley y del Decreto impugnados, ni la Corte encuentra que existan otros motivos capaces de invalidarlos.

Pudiera sostenerse que habiendo vencido ya, como venció, el término para hacer uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 54 de 1939 al Presidente de la República, no hay materia sobre la cual deba pronunciarse la Corte; pero como en virtud de esas facultades el Gobierno dictó varios Decretos de carácter extraordinario, que están vigentes, se impone una decisión de fondo sobre el particular.

Con apoyo en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y en uso de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional,

Decide:

PRIMERO. No es inexequible la Ley 54 de 1939 "por la cual se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República", en las partes acusadas por el doctor Carlos H. Pareja, o sea en cuanto faculta al Presidente para reformar "las disposiciones vigentes sobre control de cambios, exportaciones e importaciones, y de los contratos celebrados por el Gobierno con el Banco de la República sobre la misma materia y sobre la intervención del Banco en la compra y venta de cambio exterior, y para la "modificación de la legislación bancaria vigente en cuanto fuere necesario para la defensa o fomento de la producción nacional".

SEGUNDO. No es inexequible el ar-

tículo 1o. del Decreto extraordinario número 358 de 1940 (21 de febrero) "por el cual se modifica la composición del Consejo Nacional de Administración y Disciplina", "en cuanto reduce a tres los miembros del Consejo que la ley fija en cinco, y en cuanto, por lo mismo, reduce a uno el miembro escogido de las ternas de empleados, que la Ley fija en dos"; ni es inexequible el artículo 3o. del mismo Decreto "en cuanto limita a tres los miembros que la ley fija en cinco y en cuanto ordena seguir, para la elección de esos miembros, el mismo procedimiento ya tachado, o sea que mediante él se reduce a uno en vez de los dos que señala la Ley, los miembros representantes de los organismos de empleados", es decir, en las partes impugnadas por el demandante.

Pásense sendas copias de esta decisión a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Hernán Salamanca — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo — Juan A. Donado— Absalón Fernández de Soto — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACUSACION POR INCONSTITUCIONALIDAD DE UN INCISO DEL ARTICULO 37 DEL DECRETO EJECUTIVO NUMERO 1.270 DE 21 DE JULIO DE 1931

Es doctrina reiteradamente sostenida por la Corte la de que cuando un decreto acusado tiene por fundamento una ley, sin que se aparte de ella, no es posible entrar a examinar la inconstitucionalidad del decreto acusado si no se acusa, a la vez, la ley correspondiente. Además, la Corte en esta ocasión, sin asumir competencia que no le corresponde, confirma la doctrina que ha venido sosteniendo, o sea la de que no apartándose el decreto de la ley en que se funda, y no habiendo sido acusada ésta, no cabe examinar la inexequibilidad del decreto sin estudiar la ley.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, trece de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El señor doctor Bernardo J. Caycedo, en su carácter de ciudadano colombiano y en ejercicio del derecho que consagran los artículos 41 y 149 de la Constitución Nacional, pide, en demanda presentada el 18 de marzo último:

"Que declaréis inexequible, por inconstitucional, el artículo 37 del Decreto Ejecutivo número 1,270, de 21 de julio de 1931, en su parte, miembro o cláusula final que refiriéndose a las propuestas que se presenten al Gobierno o al Ministerio respectivo, para la celebración de contratos de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, dice así:

"Se entenderán hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día".

El demandante señaló como violados por la disposición acusada los siguientes artículos de la Constitución:

El 52, que determina los Organos del Poder Público y declara que ellos "son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

El 54, que dice: "La potestad de hacer leyes reside en el Congreso".

El 69, en cuanto establece: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

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

El 115, atribución 2a., que da al Presidente de la República la facultad de "promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento", y la atribución 3a., que lo autoriza para "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

El artículo 37 del Decreto número 1,270 de 1931 dice:

"En la Secretaría del Ministerio de Industrias se llevará un libro de registro, debidamente foliado y autenticado en cada una de sus páginas con las firmas del Ministro y del Secretario, en el cual se anotarán por riguroso orden numérico y cronológico las propuestas, con especificación del día en que fueron presentadas, los nombres de los proponentes, los linderos y la ubicación del área solicitada y una relación completa de los documentos que forman la propuesta, con el detalle del número de hojas del memorial o memoriales respectivos, las de los planos o memorias técnicas, con los nombres de las personas que autorizan dichos planos y memorias. Se entenderán como hechas si-

multáneamente las propuestas presentadas el mismo día".

El artículo 16 de la Ley 37 de 1931, que dio origen al que se acaba de copiar, estatuye:

"Toda persona natural o jurídica puede presentar propuestas para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo de propiedad nacional. En el caso de que varias personas presenten propuestas para contratar la exploración y explotación de un mismo terreno, el Gobierno escogerá entre las que acrediten tener capacidad financiera suficiente, en este orden:

1o. El primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica de que trata el artículo anterior.

2o. Al propietario del suelo.

3o. Al que tenga trabajos de explotación más próximas al área solicitada.

4o. Al proponente de mayor área, en igualdad de condiciones.

El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que hayan de someterse".

El demandante, para sostener que la disposición ejecutiva acusada, "al asumir de hecho las características de la ley", viola los artículos constitucionales citados, hace un estudio muy extenso, al través del cual considera que la frase acusada contraría, reforma o modifica la ley.

En efecto, dice la demanda:

"En el caso de la disposición acusada por medio de este memorial es flagrante el exceso de autoridad ejecutiva y la contradicción entre ésta y la ley. Porque el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, al establecer el orden de elección de las propuestas de contratos sobre petróleos dice imperativamente que el Gobierno escogerá entre las que acrediten tener capacidad financiera suficiente, en este orden:

1o. El primer proponente que demuestre haber hecho la exploración superficial técnica".

En cambio, el inciso citado del artículo 37 del Decreto 1270 de 1931 dice que "se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día".

Que esta disposición no es simplemente adjetiva o reglamentaria, sino sustantiva y determinante del goce o pérdida de verdaderos derechos civiles, en la más amplia acepción del vocablo, se demuestra fácilmente con las siguientes consideraciones:

La ley 37 de 1931 (artículo 16 ordinal 1º) concede la preferencia al primer proponente que haya hecho la exploración referida. Presupone que hay un primer proponente. Y aunque no sea posible descartar la posibilidad de que se presenten dos o más propuestas simultáneas, no es eso lo más probable, pues siempre habrá algunos minutos de diferencia entre una y otra; ni la acusación formulada va contra la reglamentación que haga el Gobierno para los casos de verdadera simultaneidad.

En cambio el Decreto va más allá de la Ley, o, mejor dicho, modifica la ley, pues sienta el principio arbitrario de que se reputan simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día. Y así, aunque en realidad una propuesta se haya presentado, por ejemplo, a las 8 de la mañana, otra a las 2 de la tarde y otra a las 5 y media de la tarde y aunque ellas se hayan registrado en el libro existente al efecto con los números sucesivos 20, 21 y 22, respectivamente, el Decreto las considera simultáneas, pero no con simultaneidad real, sino artificial, por medio de una presunción o de una ficción que produce, entre otros, los siguientes resultados:

a). Eliminar al primer proponente, porque hay varios que quedan igualados a él. Entonces ya, para escoger la propuesta que haya de prevalecer, se buscarán las otras causales establecidas por el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, pero quedará destruída la posición del que verdadera y efectivamente se presentó primero y a quien la ley quiso dar imperativamente la prelación sobre los demás.

b). Conferir u otorgar al segundo y tercer proponentes, es decir, a quien no fue

primer proponente, un derecho igual al al que la ley reservó para éste.

De donde se deduce que una persona que para formular su propuesta hizo exploraciones geológicas, estudios previos, levantamiento de planos e inversión de crecidas sumas y que, además, se presentó antes que otros a solicitar la celebración del contrato, viene así a carecer aun de la espectativa que le ofrece el artículo 15 de la Ley 37 de 1931 y ve barajado su derecho con el de otro u otros proponentes a quienes por un simple Decreto se les da la posición que la ley reservó para el que lo fuese primero".

El demandante hace luégo un estudio relativo a las espectativas, a las presunciones legales, a las ficciones legales, a la legislación anterior sobre petróleos, al Código de Minas y a los antecedentes de la actual ley de petróleos, y para terminar dice:

"Si he hecho resaltar la oposición entre la ley y el decreto en su parte acusada no es, desde luégo, porque la demanda la funde en motivos de ilegalidad, pues bien se que el estudio o resolución de esa clase de causas corresponde al Consejo de Estado. Pero para deducir que en este caso el Decreto viola disposiciones constitucionales por invadir el campo de la ley, o por prescindir de la separación de los órganos del Poder Público, me era forzoso demostrar, como creo haberlo hecho, que el artículo a que se refiere la demanda contradice el espíritu de la ley y toma para sí el objeto y la materia de ésta".

Corrido el traslado al señor Procurador General de la Nación, para oír su concepto, ese alto funcionario solicitó, a su vez, del Ministerio del ramo "las informaciones y puntos de vista que tuviera sobre los efectos de la disposición acusada", y el Ministerio correspondió a esa solicitud con un amplio análisis de la demanda, que el señor Procurador transcribe en el concepto que rinde.

Según dicho análisis, la disposición acusada no puede ser tachada de inconstitucionalidad ni de ilegalidad.

Por su parte, el señor Procurador dice:

"Esta Procuraduría se ha permitido en varias ocasiones sustentar ante esa H. Corte la tesis de que los decretos ejecutivos reglamentarios de las leyes no son materia del control constitucional que autoriza el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, sino que caen directamente dentro de la jurisdicción del control legal que ejerce el Consejo de Estado conforme al artículo 78 de la Ley 130 de 1913. Esta tesis tiene como apoyo el concepto de esa misma alta Corporación, quien en sentencia del 26 de septiembre de 1933 (Gaceta Judicial número 1886 de 26 de Marzo de 1934, página 10) dijo:

"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 cuando quiera 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".

Más clara y terminante no puede ser la doctrina transcrita, ni cabe dudar acerca de que es de exacta aplicación a la demanda del doctor Bernardo Caycedo. En efecto: esta demanda versa sobre la parte final del artículo 37 del "Decreto número 1270 de 1931 (21 de julio), por el cual se reglamenta la ley 37 de 1931, y es evidente, por otra parte, que esta ley no está acusada en concepto alguno por la misma demanda. Antes bien la acusación de la disposición gubernativa o reglamentaria se basa en que excede el límite de las ordenaciones de la ley reglamentada".

El señor Procurador manifiesta, a continuación, que se aparta de la opinión del Ministerio en cuanto a la legalidad de la

disposición acusada, pues considera que ella es ilegal, pero reafirma su concepto de que la Corte no es llamada a decidir sobre la inexequibilidad puramente legal de que se trata.

Se considera:

La Corte ha sostenido reiteradamente, entre otras ocasiones en la sentencia citada por el señor Procurador, que cuando el Decreto acusado tiene por fundamento una ley, sin que se aparte de ella, no es posible entrar a examinar la inconstitucionalidad del Decreto si no se acusa, a la vez, la Ley correspondiente.

En el caso presente estima la Corte que el Decreto acusado no tiene la simple calidad de reglamentario, sino que, en la parte impugnada, se basa en la autorización especial y expresa, de carácter ordinario (ordinal 8º del artículo 69 de la C. N.), que el Congreso le concedió al Gobierno en el inciso final del artículo 16 de la Ley 37 de 1931, que dice:

"El Gobierno reglamentará la forma como deben presentarse las propuestas y los trámites a que hayan de someterse".

Teniendo en cuenta esta autorización especial, no puede sostenerse que el Decreto en referencia traspase los límites de la Ley, ni que la contraríe o modifique hasta el punto de ser por sí solo inconstitucional, pues no se ve que viole directa ni indirectamente los preceptos constitucionales citados en la demanda, ni alguno o algunos otros.

Lo dicho no significa que la Corte asuma una competencia que no le corresponde, cual sería la de juzgar el Decreto desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad, función que está atribuída al Consejo de Estado, sino que confirma la doctrina que ha venido sosteniendo, o sea la de que no apartándose el Decreto de la Ley en que se funda, y no habiendo sido acusada ésta, no cabe examinar la inexequibilidad del Decreto sin estudiar la de la Ley.

Otra cosa es la acusación por inconstitucionalidad en razón de exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo que en su caso ha estudiado la Corte, como de su competencia que es. Pero ya se ha visto que la parte impugnada del Decreto mencionado se basa en autorización especial, y, por tanto, no adolece del vicio que se le atribuye. Es suficiente lo dicho para concluír que la demanda del doctor Caycedo no puede prosperar.

En armonía con lo dicho y de acuerdo, en parte, con el señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y en uso de la atribución que le concede el artículo 149 de la Constitución Nacional,

Decide:

No es inexequible la parte acusada del artículo 37 del Decreto número 1270, del 21 de julio de 1931, que dice:

"Se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día".

Pásese copia de esta decisión al señor Ministro de Minas y Petróleos.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Hernán Salamanca — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza— Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo — Juan A. Donado — Absalón Fernández de Soto — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

LEY 92 DE 1938 ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 7o., 21, 22 Y 23.

1.—Teniendo la Iglesia Católica, por virtud del Concordato y de la convención adicional aprobada por la ley 34 de 1892, la administración de los cementerios, y siendo constitucionalmente propios de pactos internacionales los asuntos tocantes con las relaciones entre el Estado y la Iglesia, es contraria al artículo 50 de la Constitución Nacional la ley acusada, sin origen en un acuerdo previo de las partes. Esa ley quebranta asimismo el precepto del artículo 71 de la Constitución. 2.— El derecho conferido por la Carta para acusar como inconstitucionales las leyes y decretos lo tienen todos los ciudadanos, sin limitaciones. Cuando se trata de leyes aprobatorias de tratados públicos las demandas sobre inconstitucionalidad de ellas son improcedentes, no por falta de personería en el ciudadano que intenta la acción, sino porque la estabilidad de los pactos internacionales no puede estar sujeta a la declaración que haga la Corte respecto a la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes que los aprueben. En tales casos la Corte carece de jurisdicción. 3.— La personería pública es distinta de la privada exigida en el derecho civil.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Luis Carlos Corral, haciendo uso del derecho que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional, acusa como inconstitucionales los artículos 7, 21, 22 y 23 de la ley 92 de 1938, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre registro civil y cementerios.

El demandante acompañó, debidamente autenticado, un ejemplar del Diario Oficial número 23803, correspondiente al 15 de junio de 1938 en que aparece publicada la ley, materia de la acción.

Los artículos acusados dicen:

"Artículo 7o.—Cuando se trate de defunción el funcionario que extienda el acta correspondiente expide una constancia al interesado para que el Alcalde dé la orden de inhumación del cadáver, y si son el Alcalde, el Corregidor o el Inspector quienes asientan el acta, estos funcionarios dispondrán lo conveniente para que se lleve a efecto la inhumación".

"Artículo 21.—Los Concejos Municipales procederán a establecer, por medio de acuerdos, todo lo pertinente al usufructo, para el respectivo municipio, de los rendimientos o entradas que por cualquier concepto produzcan los cementerios situados en el área municipal, y cuya nuda propiedad tengan aquellas entidades".

"Artículo 22.—Las entradas que obtengan, por virtud de ese usufructo, se incluirán dentro del presupuesto de rentas municipales, y para ser invertidas, únicamente, en la higiene, conservación y ornato de los cementerios municipales, a fin de mantenerlos con el esmero y decoro que requieren esos lugares sagrados".

"Artículo 23.—Los Concejos dispondrán que los servicios religiosos de los cementerios se presten en armonía a las prácticas religiosas del país, sin que ello motive desacuerdo con mandatos legales vigentes al respecto, y se reconocerán a fa-

vor del Párroco, los emolumentos acostumbrados para esos servicios religiosos".

Cree el demandante que las disposiciones anteriores violan los siguientes textos constitucionales: el artículo 22, que establece que nadie puede ser juzgado sin la plenitud de las formas propias de cada juicio; el 26, que garantiza el derecho de propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título; el 71, en su numeral 2o., que prohibe al Congreso inmiscuírse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros órganos del Poder Público; y el 116, que atribuye al Jefe del Estado la dirección de las relaciones diplomáticas con las demás potencias o soberanos.

Para fundar su acción se expresa así el demandante:

"El espíritu del legislador fue el de dar a los municipios la dirección plena de los cementerios, por medio de ley, pero es indiscutible que previamente había necesidad de modificar el instrumento concordatario que había creado esa situación jurídica...."

"Es perfectamente indiscutible que en virtud del pacto concordatario se reconoció a la Iglesia Católica una suma de derechos sobre los cementerios existentes en el país, con un título tan justo como un tratado internacional, aprobado por ley de la República; y de consiguiente, la ley acusada, al desconocer esos derechos, viola el precepto constitucional aludido. Además es principio universal de derecho, tanto internacional como privado, que los pactos y contratos bilaterales no pueden modificarse o alterarse sino por el mutuo acuerdo de las partes y llenando las formalidades de rigor (pacta sunt servanda), y en consecuencia, si se llegare a cumplir la ley acusada quedarían desconocidos y vulnerados derechos que emanan del pacto concordatario, por voluntad de una sola de las altas partes contratantes, lo que implicaría una flagrante violación de derechos adquiridos...."

"Las disposiciones de la ley acusada implican violación del texto constitucional citado, en dos sentidos, a saber: a). En cuanto por medio de la ley se trata de dirimir, dado el supuesto que la misma ley establece, cuestiones relativas al derecho real de usufructo, que sería de competencia del Organo Judicial; y b). En cuanto que con desconocimiento de la atribución conferida al Presidente de la República por el artículo 116 de la C. N., para dirigir las relaciones exteriores, el Congreso —motu propio— ha intervenido en asuntos propios del régimen concordatario, que están atribuídos al Presidente de la República...."

La Corte considera:

Previene el artículo 50 de la Constitución que "El Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica".

Consagra el constituyente el principio de que las relaciones entre la Iglesia y el Estado han de regirse por medio de convenios entre esas dos altas partes. Aunque es verdad que la declaración está redactada en forma potestativa, no da sin embargo lugar a duda sobre que el propósito del constituyente es el de que se someta a convenios aprobados por el Congreso todos los asuntos que interesen a las relaciones de la Iglesia y el Estado. Se establece, pues, para regular esas relaciones el régimen concordatario.

Al disponerse tal cosa se determina también que la iniciativa en materia de leyes que afecten dichas relaciones se sujeta al procedimiento de los pactos o convenios que se celebran entre la Nación colombiana y los gobiernos de otros países, desde que a la Santa Sede Apostólica se le reconoce constitucional e internacionalmente una jerarquía de Estado en sus relaciones con los demás soberanos.

Consecuencia de esa previsión constitucional es la de que las cuestiones entre la

Iglesia y el Estado colombiano han de regirse por medio de pactos o convenios.

Con la Santa Sede existe el convenio de 31 de diciembre de 1887, aprobado por la ley 35 de 1888, y la convención adicional aprobada por la ley 34 de 1892. En el primero se acordó que todo lo concerniente a cementerios se arreglaría entre el Gobierno y los Ordinarios Diocesanos, y en caso de discordia, el asunto se sometería a un acuerdo especial entre la Santa Sede y el mismo Gobierno. En la segunda se consignaron varias normas, las de los artículos 15 a 21, que forman un capítulo, y que se refieren concretamente a cementerios.

Los artículos 15 y 19 dicen:

"Artículo 15.—Se establece como regla general que todos los cementerios que existen en el territorio de la República, con excepción de los que sean de propiedad de individuos o entidades particulares, serán entregados a la autoridad eclesiástica, que los administrará y los reglamentará independientemente de la autoridad civil".

"Artículo 19.—La Iglesia reconoce al Estado el derecho de vigilar los cementerios en lo tocante a la higiene; de dictar reglamentos de policía en casos extraordinarios, verbigracia, de epidemia; y de pedir la sepultura en ocasiones también excepcionales, como el abandono de cadáveres, de acuerdo con la autoridad eclesiástica. Si lo requiere la comisión de un delito, el orden público, o cualquier otro conflicto, la autoridad competente tendrá libre acceso a los cementerios".

Según el contenido de estas disposiciones, la entrega que de los cementerios se hizo a la Iglesia le dejó al Estado el derecho de intervenir en ellos cuando se trate de higiene o de policía y para pedir la sepultura de cadáveres en ciertos casos, fuera del acceso a la autoridad por la comisión de delitos, o por razones de orden público o de cualquier otro conflicto. Esta enunciación de las intervenciones del Estado, que es limitativa, pone de manifiesto que la entrega de los cementerios a la autoridad eclesiástica para que los administre y reglamente independientemente de la autoridad civil, por no tener otras restricciones que las allí consignadas, se hizo en forma general y amplia.

La administración de los cementerios dada a la Iglesia por el Concordato aparece a la sola vista de sus cláusulas ya mencionadas, sin que sea necesario a la Corte, para admitir esa realidad, entrar en disquisiciones sobre el contenido de aquellas cláusulas convencionales.

Teniendo la Iglesia Católica, por virtud del Concordato, la administración de los cementerios, y siendo consitucionalmente los asuntos tocantes con las relaciones entre el Estado y la Iglesia propios de pactos internacionales, es contrario a la norma ya comentada del Estatuto, artículo 50, el que se expidan leyes como la acusada, sin origen en un acuerdo previo de las partes. Aribuída constitucionalmente al Organo Ejecutivo la celebración de convenios con la Santa Sede, la ley 92 de 1938, en sus disposiones acusadas, quebranta asimismo el precepto del artículo 71, numeral 2o. de la Carta, que prohibe al Congreso inmiscuírse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros órganos del poder.

Expresa el señor Procurador General de la Nación el concepto de que el demandante doctor Luis Carlos Corral carece de personería para hacerse oír, pues en su opinión la facultad conferida a todos los ciudadanos por el artículo 149 del Estatuto para demandar la inexequibilidad de las leyes y decretos, no se predica respecto de las leyes relacionadas con la aprobación o la aplicación de tratados y convenios internacionales. "Es claro —dice— que sólo las partes contratantes son las capacitadas para apreciar si los actos de una de ellas se ajustan o no al desarrollo normal de la convención que las liga, o para aceptarlos como convenientes para la mayor firmeza de otros aspectos del mismo acuerdo de voluntades".

En sentir de la Corte el derecho conferido por la Carta para acusar como inconstitucionales las leyes y decretos lo tienen todos los ciudadanos, sin limitaciones. Cuando se trata de leyes aprobatorias de tratados públicos las demandas sobre inconstitucionalidad de ellas son improcedentes, no por falta de personería en el ciudadano que intenta la acción, sino porque la estabilidad de los pactos internacionales no puede estar sujeta a la declaración que haga la Corte respecto a la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes que los aprueban. En tales casos la Corte carece de jurisdicción.

En el de que ahora se trata cabe observar que los textos acusados no hacen parte de un tratado o convenio internacional, y que como la acción del artículo 149 es pública, y no privada, es impertinente considerar la situación que se presenta en torno a los convenios privados, que sólo pueden ser demandados por las partes, para pretender deducir que el actor en el presente asunto no tiene personería por no ser él una de las partes o llevar su representación. La personería que ejercita el demandante es pública, distinta de la personería privada exigida en el derecho civil.

Los artículos acusados de la ley 92 de 1938 se refieren a asuntos que tocan, en una u otra forma, con la administración de los cementerios que le fue encomendada a la Iglesia. Son, por tanto, inconstitucionales como violatorios de los artículos 50 y 71 del Estatuto.

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución que le otorga el artículo 149 de la Constitución Nacional, oído el señor Procurador General de la Nación, declara inexequibles los artículos 7o., 21, 22 y 23 de la ley 92 de 1938.

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

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre—Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda—Juan A. Donado V.—Liborio Escallón — Absalón Fernández de Soto—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Arturo Tapias Pilonieta. — El Conjuez, Eduardo Rodríguez Piñeres—Pedro León Rincón, Srio. en pp.dd.

DECRETO ACUSADO NUMERO 1380 DEL 17 DE JULIO DE 1940, SOBRE EXPEDICION DE PATENTES Y LICENCIAS A LOS TRIPULANTES DE EMBARCACIONES FLUV IALES.

El Decreto acusado no altera ni modifica los órganos del Poder público ni su constitución, ni al expedirlo el Presidente invadió el campo de los otros órganos, que tienen funciones limitadas, sino que ejercitó una facultad constitucional, cual es la de distribuir los negocios de que conocen los ministerios y departamentos administrativos según sus afinidades con cada Ministerio o Departamento; de suerte que atribuir a cada ministerio o departamento los negocios de que debe conocer, por medio de decretos, es una facultad presidencial, reconocida por la Constitución, que no está sometida en su ejecución, o limitada, sino a la afinidad de los negocios, lo que vale decir que el Presidente puede a su arbitrio distribuir los negocios entre los distintos ministerios, sin más restricciones que sus afinidades. La expedición de patentes de navegación y licencias a los tripulantes de ambarcaciones fluviales no pugna con el fin y el giro ordinario del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, Marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y uno.

(Ponente: Magistrado doctor José Miguel Arango)

Francisco Gaviria Restrepo, ciudadano en ejercicio, consideró que el decreto ejecutivo dictado por el Presidente de la República y sus ministros de Gobierno, Trabajo, Higiene y Previsión Social y de Obras Públicas, bajo el número 1380, de 17 de julio del pasado año, quebranta los textos constitucionales consignados en los artículos 52, 53, 54, 55 y 69 de la Constitución Nacional, y por ello recurrió a la Corte demandando su inexequibilidad.

Corrióse traslado oportunamente al señor Procurador General de la Nación, quien en su dúplica se opuso a las pretensiones del acusador y solicitó, a su turno, la declaración de exequibilidad del mencionado decreto, que reza:

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren el artículo 128 de la Constitución Nacional,

Decreta:

Artículo Unico. Adscríbese al Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, todo lo relativo a la expedición de patentes y licencias de los tripulantes de embarcaciones fluviales.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá a 17 de julio de 1940.

EDUARDO SANTOS

El Ministro de Gobierno
Jorge Gartner.

El Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social,
José Joaquín Caicedo Castilla.

El Ministro de Obras Públicas,
Francisco Rodríguez Moya.

Dice el acusador que esta disposición ejecutiva tiene por objeto restarle atribuciones a las Intendencias Fluviales, pa-

ra adscribírselas al Ministerio de Higiene, lo que contraría las leyes expedidas con anterioridad al decreto, que están vigentes, que dan esas facultades al Ministerio de Obras Públicas, del cual dependen las Intendencias Fluviales, procedimiento que viola los artículos 52, 53, 54, 55 y 69 de la Constitución.

Hay que observar, en primer término, que las disposiciones constitucionales señaladas como quebrantadas por el decreto, determinan los órganos del poder público, y en segundo término indican, qué funcionarios o entidades constituyen esos órganos, y bien se ve que el decreto subjúdice, no altera ni modifica los órganos del poder público ni su constitución, ni al expedirlo el Presidente invadió el campo de los otros órganos, que tiene funciones limitadas, sino que ejercitó una facultad constitucional, cual es la de distribuir los negocios de que conocen los ministerios y departamentos administrativos, según sus afinidades con cada Ministerio o Departamento, de suerte que atribuir a cada ministerio o departamento los negocios que debe conocer, por medio de decretos, es una facultad presidencial, reconocida por la Constitución, que no está sometida en su ejecución, o limitada, sino a la afinidad de los negocios, lo que vale decir que el Presidente puede a su arbitrio distribuir los negocios entre los distintos ministerios, sin más restricciones que sus afinidades, y al presente no aparece que la expedición de patentes de navegación y licencias de los tripulantes, pugne con la finalidad y el giro ordinario del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

Argúyese que las diversas leyes anteriores a la expedición del decreto mencionado, atribuían esas facultades al Ministerio de Obras Públicas, pero este razonamiento no puede apreciarse para resolver el punto constitucional, porque la carta fundamental prima sobre los mandamientos legales, los cuales no pueden privar al Presidente de la República de claras y precisas atribuciones constitucionales.

Para reforzar esta tesis, basta recordar que el Congreso, interpretó con autoridad, el texto constitucional del artículo 128 al expedir la ley 31 de 1932 por la cual se fija el número y nomenclatura de los ministerios, al decir en su artículo 2o. que la distribución de los negocios entre los diversos ministerios corresponde al Presidente de la República, e igual cosa estatuyó en la ley 96 de 1938, que creó el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social.

Como antecedente histórico sobre el ejercicio de esta atribución constitucional está el decreto número 1704 de 1923, que ha sufrido algunas modificaciones, por medio del cual el Presidente de la República hizo la distribución de los negocios entre los diversos ministerios, sin que él haya sido tachado de inconstitucional. Sostiénese por el acusador, que la invocación hecha en el mencionado decreto del artículo 128 de la Carta es improcedente, por cuanto la facultad que en él se concede al ejecutivo está subordinada "a respetar las designaciones y atribuciones que hayan ordenado las leyes para cualquiera de las dependencias administrativas".

El artículo 128 de la Constitución, en su redacción, que es clara y precisa, no le señala a esa facultad constitucional más límite que las afinidades de los mismos negocios que se reparten entre los diversos ministerios, es decir, que el Presidente de la República al ejercitarla no tiene más cortapisa que la afinidad de los negocios, para no traer confusión en el despacho de ellos, pues no sería lógico ni racional, por ejemplo, que al Ministerio de Guerra le adjudicaran negocios relativos, digamos, a exposiciones artísticas, lo que por su naturaleza corresponde al Ministerio de Educación Nacional, y quizás, en este caso, tampoco podría decirse que el Presidente violara la Constitución. Ya se ha advertido que el acusador no ha demostrado que la expedición de patentes de navegación y licencias a los tripulantes, pugne con la finalidad y el giro ordinario del Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social, que sería la única traba que tendría el Presidente de la República pa-

ra ejercitar la función constitucional que le atribuye el artículo 128 en referencia.

Por las consideraciones anteriores, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, declara exequible el decreto número 1380 de 17 de julio de 1940, materia de la presente acusación.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial, comuníquese a los Ministros de Gobierno, Trabajo, Higiene y Previsión Social y al de Obras Públicas y archívese el expediente.

Hernán Salamanca—Campo Elías Aguirre—José Miguel Arango—Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda—Juan A. Donado V. — Liborio Escallón — Absalón Fernández de Soto—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Secretario.

DECRETO EJECUTIVO ACUSADO NUME RO 750 DE 16 DE ABRIL DE 1940, SOBRE QUIE BRAS

No puede considerarse una demanda de inexequibilidad que ataca un Decreto acusado globalmente, colocando bajo la tacha de inconstitucionalidad todas sus disposiciones, sin señalar precepto constitucional alguno como quebrantado por ellas o por una siquiera de ellas. Es necesario en demandas de esta naturaleza citar las disposiciones constitucionales que el acusador repute infringidas y trascribir las disposiciones acusadas, como lo ordena la ley 96 de 1936.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena— Bogotá, veintiocho de Marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Pide el ciudadano Honorio Pérez Salazar se declare inexequible, en su totalidad, el decreto ejecutivo número 750 de 16 de abril de 1940 sobre quiebras, por violar estos artículos de la Constitución: el 52, que establece la separación de los Organos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el 69 y el 72, según los cuales es al Congreso a quien corresponde hacer las leyes y éstas tienen origen en las Cámaras, y el 73, cuyo ordinal 2o. impone ciertas restricciones al mismo Congreso para dictar ciertas leyes en lo relativo a tópicos como el que es materia del decreto acusado. Todos los cargos del acusador arrancan, como fundamental, del consistente en que la ley invocada por el Ejecutivo para dictar el decreto, que es la 54 de 1939, no le confiere facultad al efecto.

El Procurador General de la Nación sostiene la constitucionalidad del decreto acogiendo y reproduciendo las reflexiones del Comité del Comercio de Bogotá y agregando las suyas propias.

Esa ley consta de tres artículos: el 3o. dice que regirá desde su sanción, la que vino a recibir el 15 de Diciembre de 1939; el 2o. señala el 20 de Julio de 1940 como final del término por el cual el Gobierno podía hacer uso de las autorizaciones conferidas en el artículo 1o., y éste en lo pertinente dice: "De conformidad con el ordinal 9o. del artículo 69 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que, con el fin de conjurar, corregir o atenuar los efectos de la actual crisis mundial, sobre la organización económica y fiscal del país, adopte las providencias que fueren indispensables en relación con los siguientes puntos:.....

Entre esos puntos se halla el marcado c), de este tenor: "Fomento y defensa de las industrias....".

Uno de los principales argumentos del Procurador General, detalladamente fundamentado, se resume en que, según los diversos autores que cita y en lo pertinente trascribe, el comercio es una industria, de donde deduce que, habiendo autorización para la defensa de las industrias, no puede hallarse extralimitación en un decreto que "adopta medidas sanas y oportunas para contener la ola de quiebras fraudulentas que venían alarmando al país y cooperaban, con sus caracteres desmoralizadores, por dolosos, a acentuar los efectos de la crisis que está sufriendo la economía nacional".

Expuestas así la demanda y la opinión de aquel alto funcionario, la Sala habría de decidir mediante las procedentes consideraciones, y así lo haría a no vedárselo

los graves defectos de la acusación que se lo impiden como pasa a verse.

Ella ataca el decreto como tal, negando la facultad que el Organo Ejecutivo tuviera para dictarlo; y además coloca bajo la tacha de inconstitucionalidad todas sus disposiciones, sin señalar precepto constitucional alguno como quebrantado por ellas o por una siquiera de ellas. La cita de preceptos de la Carta como violados y la expresión del concepto en que lo han sido versan exclusivamente sobre el decreto en su conjunto, ante la carencia de la referida facultad para dictarlo, como ya se vio. En contraste con el lleno de tales requisitos a ese respecto, en lo atañedero a las disposiciones decretales en sí mismas brilla por su ausencia la cita y exposición de las disposiciones constitucionales que el acusador repute infringidas. Y éste es el mínimum de lo exigible en demandas de esta clase.

Esta falta se añade a la de transcripción de las disposiciones acusadas, obligatoria a la luz de la ley 96 de 1936. La demanda se limita a trascribir los dos primeros y los dos últimos de los 52 artículos del decreto, a tiempo que manifiesta acusarlos todos.

Esa ley, inspirada en el propósito de dar la mayor facilidad y eficacia y la posible rapidez a la alta misión de la guarda de la Constitución encomendada por esta misma a la Corte Suprema, no llegó en su amplitud, ni era el caso de que llegase, a tener por viable o aceptable una demanda en que el ciudadano acusador se limite a decir que acusa. Forzoso es que precise en la forma aludida lo acusado y que manifieste por qué, esto es, que señale los preceptos constitucionales infringidos y el concepto en que lo acusado incurre en la infracción.

Esa ley cerró la posibilidad de que una misma ley o decreto o determinada o determinadas disposiciones de cierta ley o decreto fuesen materia de acusación por inconstitucionalidad más de una vez, y dando el sello de lo definitivo al fallo pronunciado la única vez que pueden ser acusadas ante la Corte por tal causa, ordenó a esta corporación considerar lo acusado, no símplemente como antaño ante las disposiciones de la Carta señaladas por el acusador, sino ante todas las restantes de la misma que la Sala hallase pertinentes.

En el presente caso se formula doble acusación: una contra el decreto globalmente, mirado desde el punto de vista de la facultad para dictarlo, y otra contra sus disposiciones consideradas en sí. Aquélla se expone y fundamenta; ésta apenas se enuncia, lo que no da lugar a considerarla, a entrar en su estudio.

Así las cosas, si por ejemplo se acoge la tesis de que el Organo Ejecutivo sí tuvo facultad para dictar el decreto, y en fuerza de esta consideración, suficiente para negar el único cargo debidamente formulado, se decidiera pronunciando la exequibilidad, se produciría el absurdo de cobijar con esta declaración las disposiciones mismas del decreto sin haberlas estudiado, sin haberlas podido estudiar.

Claro es que no se está sugiriendo un concepto de inconstitucionalidad respecto de disposición alguna del decreto acusado, pues símplemente se está advirtiendo lo extraño que sería declararlas exequibles todas sin la motivación y análisis a que está obligado el sentenciador.

La demanda, a más de ser deficiente, es contradictoria, porque al mismo tiempo que dice atacar todas las disposiciones del decreto, se expresa acerca de ellas en la forma que en seguida se ve por sus párrafos que se trascriben.

Dice el acusador: ".....quiero dejar clara constancia de que reconozco la sana y laudable intención del Ejecutivo al querer poner cortapisa a una de los vicios más repugnantes, antisociales y antieconómicos que nos aquejan, cual es el de las quiebras fraudalentas que en los últimos días se han estado presentando con una frecuencia tan alarmante que ha producido un estado permanente de desazón social con consecuencias restrictivas en el crédito comercial. Y es que entre los elementos más perjudiciales para la estabilidad del orden jurídico social, se destacan aquellos delincuentes que saben mante-

nerse en equilibrio sobre las líneas blancas del Código Penal, haciendo en esa forma que el golpe de la ley, sea un sablazo en el vacío. El decreto que acuso es un verdadero anillo de hierro dentro del cual se hacen infructuosos todos los intentos de evasión de ese caballero de industria que es el quebrado fraudulento, pero desgraciadamente le falta ser moldeado dentro de las normas constitucionales que son las que dan consistencia y temple a las disposiciones reglamentarias. Por eso, y para evitar que todo el edificio se venga abajo cuando haya situaciones en marcha, para solaz de los delincuentes, me propongo únicamente dar la voz de alerta a fin de que para darle la firmeza que le falta se lleve al Congreso próximo a reunirse la benéfica iniciativa".

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

No es el caso de decidir acerca de la exequibilidad o inexequibilidad de las disposiciones del Decreto número 750 de 16 de abril de 1940 sobre quiebras, con motivo de la demanda inicial de este proceso, porque ella no plantea aquel problema en la forma legalmente adecuada a tal fin.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Dése cuenta a los Ministerios de Gobierno, Hacienda y Crédito Público y Economía Nacional.

Hernán Salamanca — Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda — Juan A. Donado V. — Liborio Escallón — Absalón Fernández de Soto — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO — PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA

1. Las dos clases de personería— la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo discutido y la segunda mira a una cuestión rituaria como es la representación en el juicio. La personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe, por tanto, ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria que tienda a conservar la integridad legal del procedimiento para suspenderlo o mejorarlo y, por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento.

2.—Ni la carencia de personería sustantiva, ni la petición de modo indebido constituyen excepciones dilatorias porque no tocan con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Daniel Anzola)

La señora Evangelina Amar v. de Cifuentes, compró a Vicente Amaya por escritura número 224 de 3 de abril del año de 1930, de la Notaría de Zipaquirá, los derechos y acciones que a éste le correspondían en la sucesión de Sixto Amar, derechos que luego transfirió a Antonio Amar por medio de la escritura pública número 451 de 13 de julio del año de 1930 de la Notaría segunda de la ciudad de Tunja. Más tarde, esta misma señora, por instrumento público número 2006 de 28 de octubre de 1931, dijo vender los derechos y acciones materia de la venta anterior, al señor Carlos A. Cifuentes, quien con esta personería, en memorial presentado al Juzgado 3º del Circuito de la misma ciudad, demandó a Antonio Amar, para que con su citación y audiencia, se declarara, que el contrato número 451 celebrado entre él y la señora viuda de Cifuentes, "es nulo de nulidad absoluta, por pecar dicho contrato contra expresas disposiciones legales"; pidió igualmente se hicieran por el Juzgado las declaraciones consecuenciales a esta declaración. En subsidio solicitó, la resolución del mismo contrato y las demás condenas accesorias.

Sentencias de primero y segundo grado

El demandado contestó la demanda, y dijo: "Niego y desconozco la personería y el derecho que el demandante dice tener para iniciar esta acción porque el contrato cuya nulidad solicita es legal y efectivo en todas sus partes". El Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia, con su sentencia de fecha diez y nueve de noviembre del año de mil novecientos treinta y cinco, resolviendo, "Abstenerse de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda". Por recurso de apelación interpuesto por la parte actora llegaron los autos al Tribunal Superior de Tunja, entidad que previo trámite legal

correspondiente a la segunda instancia, con fecha dos de abril de mil novecientos cuarenta, profirió:

"Revócase la sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y cinco proferida por el señor Juez 3º del Circuito de Tunja, y en su lugar falla:

"Desestímase la demanda de siete de abril de mil novecientos treinta y dos, promovida por Carlos A. Cifuentes contra Antonio Amaya, y declárase probada la excepción perentoria de "petición de un modo indebido".

"Sin costas".

Y contra esta sentencia se ha interpuesto por la parte vencida, que es la demandante, el recurso de casación que va la Corte a resolver.

Fundamentos de la sentencia acusada

El Tribunal, en su fallo, declaró probada la excepción perentoria "Petición de un modo indebido", y para imponer su decisión, hizo el siguiente razonamiento:

"Cuando se trata de establecer la inexistencia, la resolución o la nulidad de un contrato, la demanda que persiga tales fines debe dirigirse necesariamente contra los contratantes, pues siendo aquél una fuente de obligaciones, que nacen "del concurso real de las voluntades de dos o más personas", artículo 1494 del Código Civil, no podría invalidarse, resolverse, declararse su simulación sin que hayan sido citadas al juicio las personas que tienen derecho a defenderlo por haber concurrido a darle existencia, real o aparente".

Luégo de varias citas pertinentes de jurisprudencias de esta Corte, concluye: "En el presente caso la demanda fue dirigida únicamente contra uno solo de los contratantes, el señor Antonio Amar. Fue formulada, según lo expuesto, de un modo indebido, y por ello habrá de reconocerse en este fallo la existencia entre excepción perentoria sin necesidad de que el sentenciador entre a estudiar el fondo de la cuestión debatida, lo cual sólo es pertinente cuando la acción se dirige en forma legal".

El recurso

Alega el recurrente, la causal sexta de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, por "haberse incurrido en la secuela del juicio en una causal de nulidad de las enumeradas en el artículo 448 del C. J., y sin embargo de ello y sin haberse saneado la nulidad, dictado sentencia en el pleito".

Y sostiene así el cargo el recurrente:

"El demandado al contestar la demanda, dijo en su segundo párrafo: "Niego y desconozco la personería y el derecho que el demandante dice tener para iniciar esta acción". Razonando la expresión transcrita, se concibe que ella constituye lo que el artículo 330 del Código Judicial en su numeral segundo denomina "Excepción de ilegitimidad de personería sustantiva en el demandante", señor Carlos A. Cifuentes, excepción que al ser propuesta ha debido someterse rigorosamente a lo prescrito por los artículos 335 y en concordancia con los 340 y 395 del mismo Código y fallarse tal articulación de preferencia para saber jurídicamente si la personería impugnada por el demandado tenía fundamento y si era legal y si por el contrario el actor carecía de ella..... Una vez que se interpuso la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, sin que se le diera la tramitación legal que para dicho incidente establece el artículo 330 del C. J. en su numeral 2º, y las demás disposiciones a que hago referencia en la primera parte de este memorial, el H. Tribunal de Tunja ha violado tales disposiciones legales.

Como disposiciones quebrantadas por el fallo del Tribunal cita el recurrente, las de los artículos 330, 335, 340, 395, 455, 448, todas del Código Judicial.

Considera la Corte:

Las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica, y diversa trascendencia en el campo del derecho procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo discutido, y la segunda mira a una cuestión ritua-

ria como es la representación en juicio. La personería sustantiva forma parte de la esencia o subtancia de la cuestión debatida y debe por tanto ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva, puede ocasionar una excepción dilatoria que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia, da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento. Mas, como en el presente caso sucediera, que el demandado negó al actor el derecho para ejercitar la acción de actos, desconociéndole con ello la personería sustantiva como claramente lo afirmó, con tal declaración no hubo de proponer defensa dilatoria de ninguna clase, porque, como lo tiene repetido la Corte, en razón de elementales nociones de procedimiento, "ni la carencia de personería sustantiva, ni la petición de modo indebido constituyen excepciones dilatorias porque no tocan con el procedimiento para suspenderlo o mejorarlo".

Por lo demás, la propia naturaleza adjetiva de las disposiciones que se pretenden violadas, referentes al procedimiento que ha debido seguirse para el trámite de la pretendida excepción dilatoria, hace completamente improcedente e inválido el cargo como motivo de casación, por no referirse a nada sustantivo o de fondo en el pleito, ni siquiera a ocurrencia procedimental capaz de producir nulidad en la actuación. Ya se vio cuáles fueron los fundamentos del fallo que hoy se acusa en casación. El Tribunal no dijo, si en c demandante reside o no la acción pretendida en estos autos; dijo simplemente, que se pidió de un modo indebido, y esta decisión no es la que se ataca en el recurso.

Las razones anteriores son más que suficientes para rechazar el cargo traído en la demanda de casación.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dos de abril del corriente año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

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.

Liborio Escallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestroa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincon, Secretario.

ACCION DE PERJUICIOS — PRUEBA SUPLETORIA DE DEFUNCIONES OCURRIDAS EN ACCIDENTES — CONTRATO DE ADHESION, DE NATURALEZA INNOMINADA. RESPONSABILIDAD POR CULPA CONTRACTUAL— CUANDO ES APLICABLE LA TEORIA DE LA COMPENSACION DE CULPAS.

1.—Para demostrar la inexistencia de la prueba principal de la defunción de una persona ocurrida en un accidente desgraciado, deben los herederos o las personas que hallan el cadáver cumplir el requisito de que tratan los artículos 356 y 358 de la ley 57 de 1887 y dar el aviso de rigor al Notario respectivo, a fin de preconstituir la prueba de esa situación anormal y abrir el camino a que pueda aceptarse la prueba supletoria de la defunción.—2.—El trámite legal a que alude el artículo 97 del C. C., sólo es de riguroso cumplimiento cuando una persona ha desaparecido repentinamente de su domicilio, ignorándose su paradero por no dejar noticia alguna del lugar de su destino, y sin que haya otros medios eficaces y de posible aplicación para averiguarlo. Tal cosa sólo ocurre en casos en que el desaparecido ha tenido especial cuidado en ocultarse sin dejar huella o cuando es víctima de algún accidente cuya realización y consecuencias se ignoran.—3.—Entre la compañía explotadora de un puente que cobra derechos de pontazgo y los particulares o pasajeros que los pagan, se crea un vínculo contractual. Es jurídica la decisión del Tribunal sentenciador al aceptar que en ese caso se ha celebrado un contrato de adhesión, de naturaleza innominada, entre el dueño del vehículo y los pasajeros que transitaban por el puente, y la compañía explotadora.—4.—La circunstancia de que se haya declarado que una sucesión fue intestada y más tarde resultara regulada por un testamento no alcanza a producir ilegitimidad de la personería de la persona que a nombre de tal mortuoria se presente a reclamar en juicio un derecho o bien que le pertenezca. Habría en ese caso un error, innocuo para los resultados de tal acción, o una declaración rectificada que en nada destruye tal presupuesto procesal. — 5.—El dueño de un puente que cobra servicios de pontazgo está obligado a conservar su estructura en perfecto buen estado, vigilándolo constantemente y procediendo a las reparaciones necesarias a fin de asegurar el tránsito y evitar accidentes desgraciados. Si el puente está en mal estado debe cerrarlo al tránsito o suspenderlo mientras le hace las reparaciones necesarias. Si se halla en buen estado, toma a su cargo la responsabilidad natural que tal servicio implica o lleva en sí, salvo la demostración de la existencia de una circunstancia exculpativa, tal como fuerza mayor, caso fortuito o un elemento extraño, que puede ser un error de conducta de la víctima. 6. El fenómeno de la compensación de culpas y la consiguiente reducción de la responsabilidad del agente, por imprudencia o error de conducta de la víctima no puede realizarse como fenómeno natural y tener efectividad sino en casos de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana. Al efecto, el artículo 2357 hace parte integrante del Título 34, Libro 4º del C. C., que sólo reglamenta esta clase de responsabilidad en sus tres grandes fases o aspectos, a saber: el de la responsabilidad delictual o cuasi-delictual por el hecho personal; el de la misma por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el de la responsabilidad por

el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Aunque es verdad que en los contratos también cabe culpa de una y otra de las partes y que esa concurrencia de culpa no puede pasar inadvertida ni quedar sin efecto, so pena de sacrificar la equidad, ese fenómeno no podría entenderse reglamentado por disposición que exclusivamente mira a la culpa aquiliana, sino que ha de resolverse, en su caso, a la luz de las disposiciones que regulan los contratos y que atienden a la simetría contractual.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

1. "COMPAÑIA DEL PUENTE DE OCCIDENTE" es el nombre con que se conoce una sociedad anónima domiciliada en Medellín, propietaria y administradora del puente colgante sobre el río Cauca llamado "Puente de Occidente o de José María Villa", situado entre los Municipios de Sopetrán y Antioquia, en la carretera al mar.

2. El 24 de agosto de 1933 viajaba para Antioquia un camión de carga y pasajeros denominado "El Bueno" de propiedad de Luis Emilio Saldarriaga y manejado por el chofer Luis E. Hurtado, quien después de obtener la licencia del empleado respectivo y pagar el pontazgo, al atravesar el puente el mencionado camión se fue al río porque el puente falló, debido a la rotura de algunas vigas.

3. En este accidente, debido a la fuerte corriente del río en dicho lugar, tuvieron lugar los siguientes acontecimientos: a) el camión antes mencionado, al caer al río, se perdió y quedó inservible; b) perdieron la vida Luis Emilio Saldarriaga, propietario del vehículo; Luis E. Hurtado, su conductor; Eduardo Valenzuela y Enrique Flórez; c) el pasajero Manuel Zapata salvó la vida, pero perdió mercaderías por un valor mínimo que estimó en $ 520,00 moneda legal.

El proceso

En libelo de 7 de noviembre de 1934, adicionado posteriormente el 21 de febrero de 1935, el doctor Eduardo Fernández Botero instauró demanda ordinaria contra la Compañía del Puente de Occidente, representada por su gerente doctor Germán Orozco R., para que previos los trámites legales se hicieran estas declaraciones:

Que se condenara a la mencionada sociedad:

1a. a pagar a la sucesión ilíquida de Luis E. Hurtado, representada por su único heredero Luis Rosendo Hurtado, la suma de $ 5,400.00 moneda legal, valor de la indemnización de perjuicios sufridos por la muerte de dicho señor;

b) en subsidio, a pagar a la misma sucesión el valor de los perjuicios que le correspondan por la muerte de Luis E. Hurtado.

2a. a) a pagar a la sucesión ilíquida de Luis Emilio Saldarriaga, representada por su viuda Matilde Jaramillo, por sí y como curadora nata de sus hijos menores, la cantidad de $ 5,400.00 moneda legal, valor de la indemnización por su muerte;

b) a pagar a la misma sucesión ilíquida de Saldarriaga, representada como acaba de decirse, la suma de $ 2,000.00 moneda legal, valor de los perjuicios sufridos por la pérdida del camión;

c) en subsidio, a pagar a la misma sucesión ilíquida el valor de los perjuicios que a dicha sucesión le correspondan como indemnización por la muerte de éste;

d) en subsidio, a pagar a dicha sucesión ilíquida el valor del camión perdido, caso de que no se determinare el perjuicio por este concepto.

3a. a) a pagar a la sucesión ilíquida de Eduardo Valenzuela, representada por su

único heredero Quiteria Uribe de Valenzuela, la suma de $ 5,400.00 moneda legal, valor de la indemnización de los perjuicios por la muerte de dicho señor;

b) en subsidio, a pagar a la misma sucesión el valor de la indemnización por los perjuicios que le correspondan por la muerte de Valenzuela.

4ª a) a pagar a Manuel Zapata la suma de $ 520.00 moneda legal, valor de las mercancías y demás objetos que perdió en el accidente;

b) en subsidio, a pagar el valor de los perjuicios ocasionados a Zapata en el accidente mencionado.

5a. a) que en caso de que la sociedad se oponga se le condene a pagar las costas a cada uno de los demandantes a prorrata de sus gastos.

6ª a) a pagar a la sociedad formada por Mercedes Bedout de Flórez y los herederos de Enrique Flórez o a la comunidad formada por los mismos, la suma de $ 5,400.00 moneda legal, valor de la indemnización de perjuicios por la muerte de Enrique Flórez;

b) en subsidio, a pagar a la misma sociedad de cónyuge y herederos o a la comunidad por ellos formada, el valor de la indemnización que a la entidad así formada le corresponda por la muerte de Flórez.

El Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín falló la primera instancia en sentencia fechada el 21 de enero de 1938 en la cual se negó a hacer los pronunciamientos solicitados y absolvió, en consecuencia, a la entidad demandada.

Así resume el Juez a quo los fundamentos de su fallo: la sociedad demandada alega que el accidente fue ocasionado por el excesivo peso que cargaba el camión, de dos toneladas de capacidad, que conducía doce personas y cuarenta y cinco bultos de carga.

Por dicho puente se permite el paso de vehículos y se cobra previamente el pontazgo; para el paso de cada vehículo se necesita la autorización del empleado que para ese fin tiene la compañía.

Es significativo, continúa la sentencia, que los demandados no hayan comprobado que el peso del camión no era excesivo en relación con la ordinaria resistencia del puente, como lo aseguraron Saldarriaga y Hurtado cuando fueron advertidos por el administrador Mejía sobre el peligro que corrían a causa del peso del vehículo. Y la falta de esta prueba hace imposible determinar si sólo al mal estado de algunas de las vigas del puente se debió el que hubiera acaecido el desgraciado suceso, o si también es posible que éste haya tenido como causa el excesivo peso del camión, y que fue la imprudencia del chofer y del dueño la causa determinante de la tragedia. Esta sola duda es suficiente, a juicio del juez de instancia, para pronunciar el fallo absolutorio.

la sentencia acusada

En virtud de apelación interpuesta por la parte actora dictó sentencia de segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 8 de febrero de este año, en la cual revoca la providencia apelada y en su lugar falla:

1o. la sociedad "Puente de Occidente" está en la obligación de pagar a las sucesiones ilíquidas de Luis E. Hurtado y Eduardo Valenzuela y sociedades conyugales disueltas e ilíquidas formadas por Enrique Flórez y Mercedes Bedout y Emilio Saldarriaga y Matilde Jaramillo, los perjuicios materiales por la muerte de Hurtado, Saldarriaga, Valenzuela y Flórez, respectivamente.

2o. La indemnización por la muerte de Saldarriaga y Hurtado sólo se extenderá a la mitad de los perjuicios.

3o. Una vez calculada la renta se deducirán los gastos personales y esta renta líquida será la base de la indemnización. La vida probable se calculará teniendo en cuenta la edad de las personas al tiempo de morir, su estado de salud, su profesión y sus métodos de vida. A la vida probable se le restarán aquellos años que según la profesión las víctimas no hubieran podido trabajar por razón de vejez.

Así la capacidad productora del chofer será más corta que la del comerciante. Luego se aplicará la fórmula aducida en la parte motiva de la sentencia: fórmula que no es otra cosa que el medio para encontrar el capital formado con la anualidad en años. (Puede consultarse el Memorial Técnico "Colección de fórmulas, tablas y reglas prácticas" de L. Mazzochi, página 131). Por anualidad se entiende un período de pagos o sea un mes en el caso de autos.

4o. La Sociedad del Puente de Occidente pagará a la sucesión de Saldarriaga la mitad del valor del camión, marca White, de dos toneladas.

5o. Condénase a la Sociedad del Puente de Occidente a pagar al señor Manuel Zapata el valor de las mercaderías que perdió en el Puente de Occidente. Estas mercaderías en ningún caso valdrán más de $ 520.00".

Estima el Tribunal suficientemente acreditada la muerte trágica de los expresados señores, con ocasión del derrumbamiento del puente, y entra luégo a analizar qué perjuicios se siguieron para los demandantes.

Acepta el Tribunal que la relación de causalidad es evidente entre la culpa de la entidad demandada y el perjuicio sufrido por las víctimas, amén de que la culpa en el presente caso se presume, no solamente porque la ley lo ordena así, sino porque las teorías científicas sobre responsabilidad así lo aceptan, ya que todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de una persona debe ser reparado por ésta. En el caso de autos, sostiene la sentencia acusada, hay culpa contractual, porque la "Compañía del Puente de Occidente" cobra una tasa por el paso de vehículos, según la carga y el número de pasajeros, y en este orden de ideas tal sociedad estaba en la obligación de asegurar el tránsito y de garantizar el servicio ofrecido.

Pero a pesar de que la culpa se presume y que a quien corresponde la carga de la prueba de toda exculpabilidad es a la entidad demandada, sostiene el Tribunal que los demandantes demostraron esa culpa y que es manifiesta, por tanto, la responsabilidad civil y contractual de la entidad propietaria del Puente de Occidente. Y si a esto se agrega que el administrador dijo a Saldarriaga y a Hurtado que no pasaran si el carro llevaba más de dos toneladas y media, que constató la carga que llevaba el carro, y sin embargo de eso, dejó pasar el camión, no es dudosa la culpabilidad.

De esta misma circunstancia deduce el Tribunal que el riesgo por el accidente fue compartido por igual, tanto por el chofer Hurtado y el propietario del vehículo Saldarriaga, como por la empresa propietaria del puente, por lo cual no es dudosa la culpabilidad de ambos, ya que el administrador del puente hizo presente a dichos señores que no debían pasar si el camión pesaba más de dos toneladas y media y les previno que transbordaran la carga y los pasajeros. De manera que para el Tribunal tiene aplicación en este proceso el artículo 2,357 del C. C., en virtud del cual la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

Algunas otras afirmaciones y conclusiones de la sentencia se insertarán en este fallo, a medida que se vayan estudiando los cargos formulados contra ella en el recurso de casación.

El recurso

Contra la sentencia anterior del Tribunal se alza en casación la entidad demandada y la acusa por las causales primera, segunda y sexta del artículo 520 del C. J., esto es, por ser violatoria de la ley sustantiva al aplicarla indebidamente, al darle errónea interpretación y al infringirla de manera directa, a lo cual se llegó, entre otras cosas, por apreciación errónea y por falta de apreciación de determinadas pruebas que obran en el proceso. Incurrió por ese motivo el Tribunal en errores de hecho y de derecho que aparecen manifiestamente en el fallo; por no es-

tar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; y por haberse incurrido en varias de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J. Así concreta sus acusaciones el recurrente:

PRIMER CARGO. — Considera que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a la defunción de las víctimas del accidente (Hurtado, Saldarriaga, Valenzuela y Flórez), porque no se ha exhibido la prueba principal y pertinente de estos hechos, o sea las actas o partidas eclesiásticas respectivas, según lo dispone el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, sino que se aceptaron como pruebas supletorias testimonios de personas que no presenciaron la muerte ni vieron posteriormente los cadáveres, y otros documentos sobre estos mismos hechos, tales como las providencias judiciales sobre apertura de los juicios sucesorios de Valenzuela y Flórez.

Estima también el recurrente que para demostrar la muerte por accidente de las personas que perecieron, a falta de prueba principal, debió cumplirse previamente lo prescrito en el Capítulo 3o., Título 2o., Libro I del C. C., sobre declaratoria de presunción de muerte por desaparecimiento, porque nadie las vio muertas; y que al prescindir de tal requisito se violó el artículo 97 de dicho código, que era de estricta aplicación. Considera violados por aplicación indebida e interpretación errónea los artículos 395 del C. C., 1603, 1604, 2341, 2356 del C. C., y por falta de aplicación el 97 del mismo código y el 22 de la Ley 57 de 1887.

La Corte considera:

La sentencia acusada, al estudiar las pruebas que existen en el proceso para acreditar la muerte de las cuatro personas víctimas del accidente se expresa así:

"La muerte de los señores Hurtado, Saldarriaga, Flórez y Valenzuela está acreditada con los testimonios de los señores Carlos Vivares, Emilio Díaz y Carlos Betancourt, testimonios de valor excepcional porque viajaban como pasajeros del camión..... Con estos testimonios no se acredita la muerte de tales personas, en cuanto dice orden directo al estado civil, sino su perecimiento por razón de haberse roto el puente y precipitado el vehículo sobre el río. Aunque ese perecimiento debiera estar confirmado, de otro lado, con las respectivas actas del registro del estado civil, debe observarse que la ausencia de tales probanzas está justificada por las razones expuestas por los testigos, dadas las circunstancias especiales que rodearon aquella tragedia... Respecto de Valenzuela y Flórez se ha aducido el decreto sobre apertura del juicio sucesorio".

Con vista de tales consideraciones, la Corte concluye que este cargo debe desecharse por las razones que pasan a exponerse.

a) Por las especiales circunstancias que rodearon al accidente y que aparecen demostradas, en que las víctimas fueron arrastradas por la corriente en ese paraje torrentoso del río Cauca, fue imposible que el sepelio se realizara en condiciones ordinarias y normales y que se pudiera crear la prueba principal a que alude el artículo 22 de la Ley 57 de 1887. Es indudable que en tal caso, para demostrar la inexistencia de la prueba principal de la defunción, debieron los interesados o herederos, o las personas que hallaron los dos cadáveres, cumplir el requisito de que tratan los artículos 356 y 358 y dar el aviso de rigor al Notario respectivo, a efecto de preconstituír la prueba de esa situación anormal y abrir el camino a que pudiera aceptarse la prueba supletoria de tales defunciones.

Salta a la vista que la entidad demandada no pretendió en ningún momento oportuno del debate judicial hacer motivo de controversia el hecho relativo a la muerte violenta de las víctimas, y de ahí que más bien pueda deducirse que lo aceptó de manera implícita, al no negarlo, y que reconoció suficiente valor a la

prueba testimonial que sólo ahora pretende combatir en casación.

Agrégase a las anteriores reflexiones que las defunciones de Valenzuela y Flórez también vienen evidenciadas en autos con las copias de las diligencias judiciales sobre apertura de sus respectivas mortuorias, lo que hace presumir que en esos juicios sí se demostraron a cabalidad las defunciones, con aplicación de las reglas de nuestro derecho probatorio sobre estado civil. En cuanto a Hurtado, también hay en autos los testimonios de Tobías Guardia, Alejandro Bravo y Antonio Morales, alcaldes los dos últimos de las poblaciones de Antioquia y Sopetrán y autoridades competentes para esta clase de actos, quienes días después de la tragedia procedieron a inhumar un cadáver que por algunas señas distintivas se dijo que era el de Hurtado.

De lo anterior se desprende que la muerte de Valenzuela, Flórez y Hurtado aparecen suficientemente demostradas, sin controversia alguna de la sociedad demandada durante las instancias; y la de Saldarriaga también se deduce de la realidad objetiva del suceso y de los elementos probatorios antes determinados, sin contradicción por parte del demandado. No sobra advertir que en este proceso no se dilucida de manera directa y pertinente un caso o litigio sobre estado civil, que requiera por esa circunstancia la estricta aplicación de las normas reguladoras de este importante fenómeno jurídico, sino que se está en presencia de una acción de perjuicios por culpa en el cumplimiento de un contrato y la demostración de la muerte de las víctimas, si bien necesaria, puede evidenciarse por medio de pruebas o presunciones que conduzcan a dejar en el ánimo del juzgador la certidumbre respecto de tal hecho, objetivamente considerado. Y esa fue la conducta del Tribunal al darle mérito a tales factores probatorios.

b) El trámite legal que ordena adelantar el artículo 97 del C. C. para la declaratoria judicial de presunción de muerte por desaparecimiento no tiene oportunidad ni cabida en el caso de este proceso, como lo pretende sin fundamento el recurrente, porque tal declaratoria y las diligencias pertinentes sólo son de riguroso cumplimiento cuando una persona ha desaparecido repentinamente de su domicilio, ignorándose su paradero por no dejar noticia alguna del lugar de su destino, y sin que haya otros medios eficaces y de posible aplicación para averiguarlo. Tal cosa sólo ocurre en casos en que el desaparecido ha tenido especial cuidado en ocultarse sin dejar huella o cuando es víctima de algún accidente cuya realización y consecuencias se ignoran.

Pero el suceso que sirve de fundamento a esta acción ocurrió a la vista de numerosas personas, en paraje conocido, y se sabía con absoluta seguridad y precisión las personas que ocupaban el vehículo, lo mismo que aquellas que no aparecieron después de la caída en el río, dos de cuyos cadáveres fueron luégo rescatados de la corriente. Resultaría absurdo e injustificado aplicar a estos casos de accidentes bien conocidos y controlados normas que sólo pueden tener operancia para resolver casos de imposible solución por otros medios, lo que impone la aplicación de ese artificial procedimiento.

No se ha evidenciado que el Tribunal incurriera en error de hecho manifiesto ni de derecho en la apreciación de tales elementos demostrativos. Se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO. — Hace consistir este cargo el recurrente en que el fallo del Tribunal no guarda la debida consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, a que alude como causal de casación el inciso 2o. del artículo 520 del C. J. Estima violados directamente el 471 de dicho código; los 1008, 1155, 1836, 1603, 2341 y 2356 del C. C. y el 18 de la Ley 45 de 1936.

La referida incongruencia la concreta de esta manera: a) En el libelo se pidió que la sociedad demandada fuera condenada a pagar "a la sociedad formada por

Mercedes Bedout v. de Flórez y los herederos del señor Enrique Flórez o a la comunidad formada por los mismos", y la sentencia condena es a pagar "a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Enrique Flórez y Mercedes Bedout"; b) En el mismo libelo se pidió que fuera condenada a pagar a "la sucesión ilíquida del señor Luis Emilio Saldarriaga, y en la sentencia se condena a pagar a "la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Emilio Saldarriaga y Matilde Jaramillo".

Sostiene el recurrente que son entidades distintas aquellas a cuyo favor se demanda y las que han obtenido a su favor la declaración condenatoria de la sentencia, lo que impone la infirmación del fallo por este aspecto.

La sentencia acusada explica así su determinación sobre las dos declaraciones acusadas de incongruentes. "Es verdad que en la demanda se pide para la sucesión y no para la sociedad conyugal, pero éste es un error únicamente de técnica que admite corrección por parte del fallador mediante la función de interpretación. La Corte, siguiendo a Aubry y Rau, ha sentado que la sucesión carece de personalidad jurídica porque no se ve la existencia de un ser colectivo ni un interés diferente de los intereses particulares..... Por un imperativo del lenguaje se habla de sucesión, pero bien analizadas las cosas, detrás se perciben los herederos como personas físicas. Lo importante es que el demandante demande al heredero o a la sucesión y lo que decida el juez en la sentencia en pro o en contra se entiende para la sucesión".

La Corte considera:

La pretendida incongruencia o falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado, en caso de existir, sólo vendría a ocasionar perjuicios a la parte actora, representada por los herederos y causahabientes de Saldarriaga y Flórez, y éstos han aceptado esa situación creada en la decisión del fallo del Tribunal, absteniéndose de interponer el recurso de casación, para obtener la infirmación y consiguiente reforma de dicha providencia. Algo más: en su alegato de oposición, presentado en este recurso por el apoderado de tales actores, sostiene con calor que no existe tal disonancia y que se ajusta a derecho tal decisión del Tribunal a favor de las sociedades conyugales disueltas de Saldarriaga y Flórez con sus respectivas esposas.

Si esto es así salta a la vista que la sociedad opositora y recurrente en casación carece de todo interés jurídico para pedir y obtener la infirmación del fallo por ese motivo o causal, ya que ningún perjuicio le ocasiona el pretendido cambio de acreedor. Una vez reconocida la obligación de pagar la indemnización por el perjuicio sufrido por las víctimas, la entidad condenada cumple el deber que le impone la sentencia al pagar a tales sociedades conyugales disueltas y ningún interés patrimonial puede justificar su ataque en casación.

No incide el cargo anterior y por ese motivo debe rechazarse.

TERCER CARGO. Considera el recurrente que se violaron los arts. 1008, 1155, 1836, 1603 y 1604 del C. C., a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas exhibidas por el demandante para acreditar la existencia de un contrato entre Hurtado y Saldarriaga, por una parte, y la compañía demandada, por otra. Agrega que al favorecer el fallo a las sociedades conyugales de Flórez y Saldarriaga con sus respectivas esposas, desconoció y vulneró los derechos de los herederos de ambos, que son sus hijos legítimos.

Coincide la Corte con la apreciación del Tribunal de que se está en presencia de una culpa civil contractual, porque la entidad opositora es propietaria y explotadora del puente sobre el río Cauca y cobra a los vehículos y pasajeros de éstos una tasa por el tránsito. Ningún interés reviste en este proceso saber qué denominación jurídica debe darse a ese servicio, pero es claro e indudable que si el puente es de propiedad privada y destinado al tránsito público, en esa vía en-

tre Antioquia y Sopetrán; si además cobra a cada vehículo y pasajero una tasa por el servicio, cuando quiera que se utilice en esa forma se crea un vínculo contractual entre el dueño, conductor o responsable y los pasajeros, por una parte, y la empresa explotadora, por la otra.

Si esto es así y si la misma compañía demandada no ha negado el hecho de que el camión de Saldarriaga pasó por el puente y pagó la totalidad de la tasa señalada, no se alcanza a ver dónde pueda estar el error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación del haz probatorio que en el proceso dice relación a este hecho protuberante.

Si nada se ha controvertido sobre el paso del camión y de su caída al río, es fundada y jurídica la decisión del Tribunal al aceptar que se ha celebrado un contrato de adhesión, de naturaleza innominada, entre el dueño del vehículo y los pasajeros con la entidad explotadora.

En cuanto a lo segundo, ya se expresó al estudiarse el cargo anterior que la entidad recurrente carece de todo interés jurídico y patrimonial para asumir en casación la defensa de los derechos de los herederos de Flórez y Saldarriaga, siendo así que el propio procurador de tales herederos los considera a salvo.

Se rechaza el cargo.

CUARTO CARGO. Considera el recurrente que se aplicó indebidamente el artículo 19 de la Ley 45 de 1936 y se violaron por no haberlos aplicado al caso el 935 y siguientes del C. J. y el 27 de la Ley 63 de 1936. Lo concreta en que el demandante Luis Rosendo Hurtado pide para sí diciéndose único y universal heredero de su hijo Luis E. Hurtado y no acompaña declaración judicial de heredero, siendo así que no se trata de personas que excluyan a los demás en los diversos órdenes de la sucesión intestada.

Considera la Corte, al estudiar y desestimar este cargo, que la personería de tal heredero es inobjetable, porque la indemnización se pidió para la sucesión ilíquida de Luis E. Hurtado representada por Luis Rosendo, y eso fue precisamente lo decretado en la parte condenatoria del fallo acusado. Si fue verdad que en el libelo se dijo que tal sucesión estaba representada por su único heredero Luis Rosendo Hurtado, tal manifestación en nada le resta operancia y validez a lo decretado, porque la persona para quien se pidió es la misma favorecida con el fallo. Por otra parte, el demandante ha demostrado en autos que es padre legítimo de la víctima y que como tal es heredero abintestato y asignatario forzoso, mientras otra persona con mejor derecho sucesoral no se presente a diputarle esa calidad. En forma tal que su personería es inobjetable por ese aspecto, ya que como padre y heredero puede reclamar un derecho patrimonial que corresponde a la sucesión. Nada le quita a esta conclusión que haya manifestado que es único y universal heredero, lo que, por lo demás, no ha sido rectificado o desmentido por la parte demandada en el proceso. De manera que una disputa sobre ese carácter vendría a constituir un medio nuevo, inaceptable en casación, por no haberse cuestionado en las instancias.

QUINTO CARGO. Alega el recurrente la causal 6ª de casación consagrada en el artículo 520 del C. J., que hace consistir en ilegitimidad de la personería de uno de los demandantes, Mercedes Bedout de Flórez. La funda en el doble hecho de que en el libelo se dijo que tal sucesión era intestada y luégo se evidenció que sí hizo testamento; y en que la actora mencionada pide para una sociedad a que pertenece ella y todos los herederos de Flórez y no existe tal sociedad con personería jurídica para comparecer en juicio.

La Corte considera:

La circunstancia de que se haya declarado que la sucesión es intestada y que más tarde resultara regulada por un testamento no alcanza a producir la ilegitimidad de la personería de la persona que a nombre de tal mortuoria se presente a reclamar en juicio un derecho o bien

que le pertenezca. Habría en ese caso un error, inicuo para los resultados de tal acción, o una declaración rectificada que en nada destruye tal presupuesto procesal.

Ya viene dicho que el Tribunal quiso interpretar la intención de algunos de los actores y decretó la indemnización a favor de dos de las sociedades conyugales disueltas; y tal determinación no puede ser atacada en casación por el demandado recurrente, a causa de carecer de interés jurídico en la defensa de supuestos derechos hereditarios de los actores.

A lo expuesto puede agregarse que la cónyuge de Flórez pide para ella y los herederos de Flórez y esas calidades constitutivas de estado civil aparecen debidamente demostradas. De modo que no hay tal ilegitimidad de la personería por parte de la señora Bedout de Flórez para demandar el pago de la indemnización; y en el peor de los supuestos si la sentencia decretó tal pago a favor de persona o entidad que no existe, tal circunstancia en nada perjudica a la sociedad condenada y no puede alegarla como causal de nulidad consagrada por el artículo 448 del C. J.

SEXTO CARGO. El Tribunal cometió error de hecho al apreciar la prueba de dos documentos sobre la propiedad del camión que cayó al río, pues en esos documentos se demuestra que el camión pertenecía a la sociedad conyugal, y Matilde Jaramillo demandó para la sucesión ilíquida de su marido Saldarriaga. Estima violados directamente los artículos 1.781, 1.603, 1.604 del C. C. y 1º de la Ley 28 de 1932.

La Corte considera:

Los dos documentos a que se refiere el recurrente tratan de compra de camiones, pero no existe demostración alguna de que aludan de manera directa a la compra del que se cayó al río. Antes bien, todo parece demostrar que Saldarriaga tenía el negocio de transporte por tracción mecánica y utilizaba varios camiones en esa actividad, en forma tal que esa prueba documental bien puede referirse a otros vehículos de Saldarriaga, y fue exhibida con diverso fin.

Por lo demás, si Matilde Jaramillo demandó para la sucesión ilíquida el pago del valor del camión, era porque estimaba que la sucesión era la propietaria, sin que se haya demostrado lo contrario en autos, ya que la parte opositora nada ha controvertido sobre esta cuestión en las instancias. NO hay error de hecho manifiesto en la apreciación que hizo el Tribunal acerca de tales documentos, y se desestima el cargo por infundado.

SEPTIMO CARGO. Lo presenta el recurrente en una larga y erudita exposición teórica o doctrinaria sobre lo que es la responsabilidad contractual y la extra contrato, los elementos constitutivos de tales fenómenos jurídicos, la necesaria relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio y numerosas transcripciones de los más conocidos tratadistas sobre esta materia. Se pretende también rectificar algunas apreciaciones del Tribunal, tales como que el pretendido contrato, de haber existido, no fue celebrado entre la entidad demandada y las víctimas, sino entre el dueño del camión y estos últimos; y que no se está en presencia de un contrato de transporte, ni menos de un contrato de seguro entre las partes litigantes.

Se estiman violados por diversos motivos los artículos 1.603, 1.604, 1.609, 2.072, 2.341, 2.347, 2.356, 2.357 del C. C.; 687, 688, 689, 693, 705, 721, 722 y 723 del C. J.; y 306 del C. de Comercio.

La Corte considera:

a). Se ha evidenciado que la entidad demandada es una sociedad constituida para explotar el negocio de tránsito por el puente, facilitando y auxiliando de esa manera el transporte por esa vía terrestre, en el paso del río Cauca. Es una empresa auxiliar en el tránsito terrestre y cada vez que autoriza y permite el paso de peatones, vehículos y pasajeros conducidos en éstos, cobra una tasa o precio por el servicio. De manera que cada vez

que permite y autoriza ese tránsito celebra un contrato de adhesión de carácter innominado para el tránsito a través del puente de vehículos y pasajeros.

Esto demuestra que la responsabilidad imputada a la referida empresa tiene el carácter de contractual, y no cometió error el Tribunal al calificarla así. Es verdad que Saldarriaga, como dueño del camión, celebró un contrato de transporte con los pasajeros y propietarios de la carga que conducía, pero esto nada resta a la existencia de otro contrato entre el mencionado dueño del vehículo y los propietarios del puente, para el paso del río Cauca por éste. Se está en presencia de dos contratos que vienen a complementarse y a tener vida independiente, por referirse a dos servicios conexos y tendientes ambos a asegurar el transporte por esa vía. Y lo que se dilucida en autos es exclusivamente la responsabilidad civil contractual en que haya podido incurrir la empresa propietaria del puente por la catástrofe ocurrida.

Si con los testimonios de Emilio Díaz, Carlos Betancourt y otros se ha demostrado que se obtuvo la autorización para pasarlo y se pagaron las tasas fijadas, tal contrato tuvo plena vida en sus prestaciones bilaterales.

b). En los autos viene evidenciada la existencia de daño o perjuicio causado a las víctimas; la de una acción u omisión imputable a la empresa propietaria del puente, y el vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio. Al efecto, es tan evidente el suceso y sus consecuencias, o sea, la muerte de las personas ya indicadas, lo mismo que la pérdida de las mercaderías y del camión y la relación de causalidad entre el siniestro y sus consecuencias, que sería inoficioso querer repetirlo en este capítulo.

En cuanto al elemento culpa por parte de la empresa demandada, aparece también debidamente demostrado, porque para prestar ese servicio remunerado mediante contratos con los que lo solicitaran, estaba en la obligación de conservar su estructura en perfecto buen estado, vigilando constantemente su estado y procediendo a las reparaciones necesarias, a efecto de asegurar el tránsito y evitar los accidentes. Si, pues, el puente estaba en mal estado, debió cerrarlo al tránsito o suspenderlo hasta conseguir ese resultado. Si estaba en buen estado, tomaba a su cargo la responsabilidad natural que tal servicio implica o lleva en sí, la demostración de la existencia de una circunstancia exculpativa, tal como fuerza mayor, caso fortuito o un elemento extraño, que podía ser un error de conducta de la víctima. Y aquí sería donde hubiera podido situar el recurrente algún ataque en casación a las conclusiones de la sentencia acusada.

Es evidente que el administrador y el empleado del puente hicieron presente a Saldarriaga y Hurtado que si el camión pesaba más de dos toneladas y media no debían pasar sin hacer el transborde de pasajeros y mercaderías; pero en ese caso han debido cerciorarse del evidente peso del vehículo, a efecto de negar el tránsito si excedía de lo calculado o exigir perentoriamente el transbordo para que el vehículo pasara descargado. No hicieron ninguna de las dos cosas ni adoptaron las necesarias precauciones y por ese aspecto resalta su responsabilidad por culpa, ya que un hombre diligente y cuidadoso hubiera procedido de manera distinta en esas circunstancias.

Pero como quiera que el dueño del camión y su conductor no quisieron atender las previsiones y recomendaciones del ad-administrador, decidió el Tribunal darle aplicación al artículo 2.357 del C. C. y reducir a la mitad la indemnización debida a Saldarriaga y Hurtado, por estimar que hubo de parte de tales víctimas descuido e imprudencia al no haber atendido las indicaciones del administrador del puente.

Por vía de doctrina procede la Corte a rectificar esta aplicación e interpretación que hizo el Tribunal del precepto legal citado, porque el fenómeno de la com-

pensación de culpas y la consiguiente reducción de la responsabilidad del agente, por imprudencia o error de conducta de la víctima, no puede realizarse como fenómeno natural y tener efectividad sino en casos de responsabilidad por culpa extracontractual o culpa aquiliana. Al efecto, el artículo 2.357 hace parte integrante del Título 34, Libro 4ª, del C. C., que sólo reglamenta esta clase de responsabilidad en sus tres grandes fases o aspectos, a saber: el de la responsabilidad delictual o cuasi-delictual por el hecho personal; el de la misma por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y el de la responsabilidad por el hecho de las cosas animados o inanimadas. Tratándose en este proceso, como viene dicho, de un caso de culpa contractual, no puede tener normal aplicación ese precepto, adestinado a resolver situaciones bien distintas.

Bien es verdad que en los contratos también cabe culpa de una y otra de las partes, concurrencia que no puede pasar inadvertida ni quedar sin efecto, so pena de sacrificar la equidad; pero este fenómeno no podría entenderse reglamentado por disposición que exclusivamente mira a la culpa aquiliana, sino que ha de resolverse, en su caso, a la luz de las disposiciones que regulan los contratos y atienden a la simetría contractual.

Pero como el recurrente no ataca su aplicación por ese concepto, sino que textualmente sostiene que no está "de acuerdo tampoco con los fundamentos de la sentencia, en lo que respecta a partir el daño o a reducirlo en virtud del artículo 2.357 del C. C., porque esa disposición parte de la base de que el demandado sea culpable y sólo autoriza la reducción por la consideración de que quien lo sufrió se hubiera expuesto imprudentemente a ello, y lo que sucede aquí es distinto, porque la empresa demostró que cuida con diligencia y cuidado de la reparación del puente", concluye la Corte que sólo le es dable hacer en este caso la necesaria rectificación doctrinaria, pero no infirmar por ese aspecto la parte de la sentencia que ordenó la reducción de tales indemnizaciones, ya que no fue, indudablemente, atacada en casación por este concepto. Por otra parte, los demandantes perjudicados con la compensación de culpas no atacan en casación tal decisión del fallo que se revisa, y la reducción viene a favorecer a la entidad demandada y recurrente, motivo por el cual escapa a tal reforma en casación.

Quedan en esa forma contestadas todas las tachas formuladas al fallo acusado en el cargo anterior.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el ocho de febrero de mil novecientos cuarenta.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Libório Ecallón — Daniel Anzola — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECLAMACION DE DOMINIO.—SUFICIENCIA DE TITULOS.—TENICA DE CASACION

1.—Si la ley obliga al demandante a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción trata o versa sobre inmuebles ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente que es la escritura pública debidamente registrada —artículo 630 del C. J.— ya que con ella y sólo con ella acredita que por el medio legal de la tradición radica en él la condición de dueño alegada en la demanda. — 2.—Una cosa es el título y otra la suficiencia de él, y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aducen las partes, lo que se hace en debate amplio, al demandante le basta afirmar su condición de dueño y demostrarla presentando el título, y al demandado, si tiene otro anterior o posterior de mejores condiciones, oponérselo al primero. En este caso, si el demandante quiere demostrar que su título es legalmente el más atendible, puede acreditar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicador le basta demostrar que es dueño de la cosa y esa demostración se hace con la presentación de su título debidamente registrado y nada más. En ninguna parte ha dicho la ley que para reivindicar ú obtener una declaración de propiedad, es necesario presentar título acreditado como suficiente. Igual doctrina sentó la Corte en sentencia de casación del 30 de septiembre de 1919. Aún más: si sólo con título calificado de suficiente pudiera obtener una declaración de propiedad, resultaría que dueños de terrenos con títulos de corta data no podrían ampararse en la justicia para volver a su patrimonio lo que les pertenece, pero que por una u otra circunstancia está poseído por terceros. Eso es inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho. — 3.—La Corte en casación no tiene facultad para estimar elementos probatorios que por primera vez y ante la misma se presenten al debate, porque éste queda cerrado con el fallo del Tribunal. Su misión es puramente doctrinal y va también a reparar los agravios que infieran las sentencias, pero teniendo en cuenta únicamente los fundamentos de hecho y de derecho aducidos oportunamente. La sentencia recurrida en casación es la que constituye el hecho o la materia sujeta al debate en este recurso, a diferencia de lo que ocurre en las instancias de un juicio, en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o hecho demandados. Los jueces falladores califican el proceso en su integridad; la Corte, cuando no procede como Tribunal de instancia, juzga la sentencia en la parte acusada y por las causales y motivos que legalmente se aduzcan.

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

(Ponente: Magistrado Dr. Daniel Anzola)

Por escritura pública número 598 de 20 de junio de 1894 de la Notaría 4ª de Bogotá, Marta Vásquez transfirió a José Buitrago el derecho de dominio sobre un globo de terreno llamado "Pie del Alto", ubicado dentro de los términos del Municipio de Soacha, y deslindado así: "Por un lado, desde un mojón de piedra que se colocó a la orilla del río Muña, de éste para arriba en línea recta pasando por otros mojones de piedra a dar al camino que baja para Soacha, por este costado colindando con tierras de la vendedora; por la cabecera, todo el camino citado colindando con tierras de Eleuteria y Esteban Córdoba a dar a una zanja, y ésta a dar al río, y por el otro costado río arriba a dar al primer lindero".

Muerto Buitrago, su esposa Rita Córdoba v. de Buitrago y sus hijos José y Eloísa Buitrago Córdoba, por escritura número 1120 de 23 de mayo de 1919, dieron en venta a José Ramos "todos los derechos y acciones que les correspondan o puedan corresponder, a José Buitrago, como hijo legítimo de su finado padre José Buitrago, Rita Córdoba v. de Buitrago, como esposa del mismo finado y (sic) de su finada hija Eustaquia Buitrago Córdoba, y a la tercera como hija legítima del mismo finado José Buitrago; derechos y acciones ubicados en un lote de tierra

situado en el Municipio de Soacha y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, con herederos de José María Córdoba y Marta Vásquez, hoy de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga; por el occidente, con el camino público que viene de El Tablón para el pie del Alto; por el sur, con propiedad de Ezequiel Mayorga hasta encontrar con el río Muña; por el oriente con el río Muña y la hacienda de Sibaté, hasta encontrar el primer lindero punto de partida". Con este título Ramos abrió el juicio de sucesión de José Buitrago, y en la partición correspondiente, protocolizada por instrumento número 1952 del 14 de diciembre de 1920 de la Notaría 4ª de Bogotá, se adjudicó a éste "como único interesado" el haber inventariado incluso el bien que adquirió el causante por la compra hecha a Marta Vásquez y de alindación ya conocida.

El 23 de febrero de 1918 el Notario 2º de Bogotá por escritura número 290, la expresada Rita Córdoba v. de Buitrago, vendió a Pedro Cantor y Deogracias Mayorga "un lote de terreno que mide doscientos metros de largo y cien de ancho, inclusive tres metros que sirven para servidumbre de entrada y salida, lote situado en la vereda de "Pie del Alto", de la jurisdicción del Municipio de Soacha, alinderado así: "Por el pie del río Muña, deslindando con la hacienda de Sibaté; por un costado con tierras de herederos de Esteban Córdoba; por la cabecera y el otro costado, con tierras de la misma vendedora". Este lote de terreno, agrega el instrumento, "es parte de mayor extensión que adquirió la exponente por herencia de sus padres José María Córdoba y Marta Vásquez, ya finados, vecinos que fueron de Soacha, advirtiendo que a la otorgante se le adjudicó todo el terreno de que hace parte el lote que vende, en la partición amigable practicada con la otra heredera de los causantes".

El litigio

Así las cosas, y con base en este título, estos mismos señores, Cantor y Mayorga, en memorial al Juzgado 7o. del Circuito de Bogotá, demandaron a José Ramos para que con su citación y audiencia en juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

"Primera. El demandado no es dueño de los derechos y acciones que a Rita Córdoba le correspondían en el juicio de sucesión de José Buitrago, como mitad de gananciales en la sociedad conyugal que existió entre ellos. Entre esos gananciales se halla lo que adquirieron según la escritura Nº 1120 de la Notaría 1ª de Bogotá, de fecha 23 de mayo de 1919 que en copia debidamente registrada presentamos.

"Segunda. Los derechos y acciones comprados por José Ramos a José Buitrago y Eloísa Buitrago Córdoba, en su carácter de hijos legítimos de José Buitrago, y a Rita Córdoba de Buitrago, como esposa de este señor y como heredera de Eustaquia Buitrago Córdoba, no comprenden la totalidad de los derechos herenciales, sino sólo los vinculados en un terreno situado en el municipio de Soacha, comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el norte, con herederos de José María Córdoba y Marta Vásquez, hoy de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga; por el occidente, con el camino público que viene de El Tablón para el pie del Alto; por el sur, con propiedad de Ezequiel Mayorga, hasta encontrar con el río Muña; por el oriente con el río Muña y la hacienda de Sibaté, hasta encontrar el primer lindero punto de partida.

"Tercera. Lo que nosotros compramos a Rita Córdoba v. de Buitrago, por escritura otorgada en la Notaría 2a. de este Circuito, de fecha 20 de febrero de 1918, marcada con el número doscientos noventa y cuatro, es un terreno distinto del demarcado en la cláusula anterior, y por consiguiente, José Ramos no tiene derecho ninguno para que se le hubiera adjudicado en la partición de los bienes inventariados en la sucesión del finado José Buitrago, ni para querer apropiárselo, máxime cuando esa partición fue extrajudicial y los inventarios también, siendo para nosotros esos actos res inter alios judicata.

"Cuarta. Es nula la partición de los bienes del finado José Buitrago, hecha en el juicio de sucesión de dicho señor, pro-

tocolizada en la Notaría 4a. de este Circuito, con el número de la escritura otorgada el día catorce de diciembre de mil novecientos veinte, siendo dicho número mil novecientos cincuenta y dos (1952), por no hacerse prèviamente la separación de patrimonios entre los cónyuges José Ramos y Rita Córdoba de Buitrago, o entre aquél y los herederos de esta señora";.....

"Quinta. Debe condenarse en costas al demandado si se obstina en oponerse a esta demanda".

Agotado el trámite de la primera instancia, se falló el litigio en sentencia del 30 de octubre de 1938, en sentido adverso a las peticiones del libelo y con imposición de costas a cargo de los demandantes. El Juzgado fundamentó su resolución en estos considerandos que se transcriben:

"De la lectura cuidadosa de la demanda se deduce que los demandantes derivan su INTERES para instaurar las acciones de la demanda de la calidad de dueños que dicen tener sobre el terreno que fue materia del contrato de compraventa celebrado entre Rita Córdoba v. de Buitrago y los demandantes, contrato que, según la demanda, se perfeccionó mediante la escritura pública **número doscientos noventa y cuatro** de fecha **veinte** de febrero de mil novecientos diez y ocho, otorgada en la Notaría segunda de este Circuito. (Véase la petición tercera de la demanda y el ordinal segundo de la relación de hechos de la misma).

"En el expediente no obra la escritura pública **número doscientos noventa y cuatro** de fecha **veinte** de febrero antes citada, omisión que determina en el juicio la ausencia de la prueba pertinente a los hechos expuestos en el libelo como fundamento de la petición tercera de la demanda, y, consecuencialmente, la falta de comprobación sobre el interés jurídico o derecho de los demandantes para pedir y obtener las declaraciones solicitadas bajo los puntos primero, segundo y cuarto de la demanda.

"Las observaciones antes expresadas dan base legal suficiente para concluír que las peticiones formuladas en la demanda que se estudia deben ser negadas".

Apelado el anterior proveído, subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, entidad que, previa revocatoria del fallo del Juzgado, dictó, con fecha ocho de abril del año en curso sentencia de segundo grado, resolviendo el pleito así:

1o. Los demandantes no han demostrado su personería sustantiva para hacer las peticiones primera, segunda y cuarta de la demanda, y, en consecuencia, se absuelve de esos cargos al demandado.

2o. El predio que los demandantes adquirieron por medio de la escritura número 290, de 23 de febrero de 1918, de la Notaría segunda de Bogotá, es distinto de aquél en donde se vincularon los derechos que el demandado José Ramos compró por medio de la escritura número 1120 de 23 de mayo de 1919, de la Notaría primera de este Circuito.

3o. Al demandado José Ramos se le adjudicó en la partición verificada en el juicio mortuorio de José Buitrago P. y Eustaquia Buitrago C., protocolizada por medio de la escritura número 1952, de 14 de diciembre de 1920, de la Notaría cuarta de esta ciudad, una finca de mayor extensión superficiaria, a aquella en la cual se vincularon los derechos en virtud de los cuales se le hizo la adjudicación, incluyendo en el inmueble adjudicado el que compraron los demandantes Pedro Cantor y Deogracias Mayorga por medio de la citada escritura número 290, de 23 de febrero de 1918, de la Notaría segunda de este Circuito.

"4o. No hay condenación en costas a cargo de ninguna de las partes, ni en la primera, ni en la segunda instancia".

Sentencia acusada

De las súplicas que contiene el libelo

de demanda, la primera, la segunda y la cuarta, ya se vio, fueron negadas por el Tribunal, y en cambio concedida la tercera que fue fallada en la forma y términos indicados en el anterior aparte; siendo así, y como el recurrente es el demandado, el recurso se entiende interpuesto contra esta parte de la sentencia que es la que le puede ser perjudicial. Hecha esta aclaración, se transcriben a continuación los apartes de la sentencia en cuanto forman la materia del recurso. Dice el Tribunal:

"El Juez del conocimiento fundamentó su sentencia absolutoria, en que los demandantes alegan en la petición tercera de la demanda y en los correspondientes hechos que la sustentan, que son titulares del derecho que se les transfirió por medio de la escritura pública número 294, de 20 de febrero de 1918, de la Notaría 2a. de este Circuito, y al proceso allegaron la copia de la escritura número 290, de 23 de febrero de 1918, de la Notaría 2a. de Bogotá, luego, concluye el Juez a-quo, ha dejado de demostrarse el interés jurídico y derecho de los demandantes a pedir y obtener las declaraciones de la demanda. De manera que para el señor Juez del conocimiento la prueba de la personería sustantiva de las partes consiste en citar precisamente el número y fecha de la escritura por la cual se adquirió el derecho que reclaman, personería de que carecerá si se llega a incurrir en error de citar mal tales número y fecha en la demanda, aunque se allegue el título a los autos en la forma legal.

"Como claramente se ve, el fundamento de la sentencia recurrida, tal como en ella aparece expuesto, es, a más de inaceptable, irrisorio de la justicia y debe procederse al examen de la personería de las partes de manera racional".

Precisando luégo la Sala falladora lo referente a la súplica tercera, que fue la concedida, agrega:

"Se pretende que el predio comprado por los demandantes es distinto de aquél en que vincularon los derechos vendidos a José Ramos los vendedores o cedentes José Buitrago Córdoba, Eloísa Buitrago Córdoba y Rita Córdoba v. de Buitrago, y que por esta razón, el señor José Ramos carecía de derecho para que se le adjudicara el predio de los demandantes en la partición celebrada en el juicio de sucesión de José Buitrago.

"Se funda la solicitud en que José Ramos no tenía derecho a que se le adjudicara sino el predio determinado en la escritura número 1120, de 23 de mayo de 1919, de la Notaría 1a. de esta ciudad, y que se le adjudicó el de propiedad de los demandantes, que habían adquirido según escritura número 290 de 23 de febrero de 1918, de la Notaría 2a. de Bogotá. Estas dos escrituras obran copiadas en los autos, en forma que hacen plena prueba.....

"El adjudicatario José Ramos había comprado derechos a los herederos y a la cónyuge de José Buitrago, especialmente vinculados en el inmueble cuyos linderos se copian a continuación, según la escritura número 1120 atrás citada; "Por el norte, con los herederos de José María Córdoba y Marta Vásquez, hoy de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga; por el occidente con el camino público que viene de El Tablón para el Pie del Alto; por el sur, con la propiedad de Ezequiel Mayorga hasta encontrar con el río Muña; por el oriente, con el río Muña y la hacienda de Sibaté, hasta encontrar el primer lindero punto de partida".

"Los demandantes compraron a Rita Córdoba el inmueble así demarcado, según la escritura número 290 antes citada: "Por el pie, el río Muña deslindando con la hacienda de Sibaté; por un costado con tierras de herederos de Esteban Córdoba; por la cabecera y el otro costado con tierras de la misma vendedora".

"De las alinderaciones transcritas claramente se observa que las contenidas en las escrituras 290 de 23 de febrero de 1918 y 1120 de 23 de mayo de 1919, relativa la primera a la venta hecha por Rita Córdoba a Pedro Cantor y Deogracias Ma-

yorga y la segunda a la venta o cesión de derechos vinculados en el predio allí determinados, hechas por Rita Córdoba y José y Eloísa Buitrago Córdoba como cónyuge y herederos en la sucesión de José Buitrago P. a favor de José Ramos, corresponden — tales alinderaciones — a dos predios distintos. Efectivamente el lindero oriental está formado en ambas fincas por el río Muña, pero las dos están situadas a continuación porque en la escritura 290, anterior a la 1120, se dice que por un costado y la cabecera limita con predios de la vendedora Rita Córdoba y en la escritura 1120, posterior a la 290, por el norte limita la finca con predio de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga, es decir, los compradores en la escritura 290. .....

"Igualmente se deduce que el predio donde estaban vinculados los derechos que vendieron a Ramos, es menor al predio que éste recibió en la liquidación que se le hizo como cesionario de los mencionados derechos.

"El predio general estaría deslindado así: Por el norte, con herederos de Esteban Córdoba o de Clotario Díaz; por el oriente, río Muña de por medio, con la hacienda de Sibaté; por el sur, con predio de Ezequiel Mayorga, y por el occidente, con el camino que de El Tablón conduce al Pie del Alto. Este es también el predio adjudicado a José Ramos en la sucesión de José Buitrago.

"Al mismo Ramos le habían vendido derechos vinculados en un terreno que hacía parte del que se acaba de delimitar y que, por lo mismo, era menor, porque limitar al sur con el mismo predio de Ezequiel Mayorga; al oriente, con la hacienda de Sibaté, río Muña de por medio, y por el occidente, con el camino que de El Tablón conduce al Pie del Alto. Pero por el norte no colinda, como el general, con predio de herederos de Esteban Córdoba o de Clotario Díaz, sino con predio de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga, lo cual quiere decir que el lote en donde se vincularon los derechos vendidos a Ramos ocupa la parte sur del lote general. Esto se reafirma aún más si se considera que el predio comprado por Cantor y Mayorga sí limita al norte con terrenos de herederos de Esteban Córdoba, es decir, que ocupa la parte norte del globo general".

El recurso

Sin precisar claramente las causales de casación, el recurrente formula así la acusación que hace a la sentencia:

"El fallo acusado lo apoyó el Tribunal en apreciaciones erradas así: Tuvo como título suficiente de dominio el presentado por los demandantes para acreditar la venta que a ellos hizo Rita Córdoba, título que no está complementado con el certificado de propiedad que ordena la ley pues si este certificado se hubiera llevado a los autos, necesariamente se habría visto que los demandantes carecen de acción pues no son sino dueños de lo que están reclamando y antes muy al contrario del mismo certificado habría parecido que los demandantes habían tenido el carácter de demandados vencidos en pleito con el actor Ramos en el cual se discutió lo mismo que hoy discuten y que no se puede aceptar por estar el asunto controvertido y juzgado para siempre; el fallo del Tribunal aquí acusado al despachar el pedimento tercero de la demanda resuelve una cuestión de dominio, sin elementos de juicio suficiente;

"El fallo del Tribunal, resuelve cosas no pedidas en la demanda ya que los demandantes en su petición tercera solicitaron que la declaración en la sentencia se hiciera vista la escritura 294 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá, y la sentencia hace la declaración no pedida sobre la escritura 290 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá, instrumento el primero que de acuerdo con la petición ha debido presentarse al debate y no se hizo;

"El fallo del Tribunal desconoció erró-

volver a su patrimonio lo que les perteneamente el valor probatorio de los títulos del demandado, cuando éstos son más que suficientes para resolver en favor del demandado la litis;

"El fallo acusado hace en favor de los demandantes una declaración de propiedad y pertenencia en contra de los intereses del demandado contrariando la realidad jurídica de las pruebas llevadas al pleito".

Alega, pues, el recurrente, la causal primera de las indicadas en el artículo 520 del Código Judicial, por cuanto dice, que el Tribunal para imponer su fallo apreció indebidamente determinado elemento probatorio; y alega también la segunda de aquellas causales, "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes".

Como disposiciones violadas por el Tribunal cita la demanda, las de los artículos 1299, 1750, 2535, 2538, 2545, 1757, 1759, 1670, 1388, 756, 757, 762, 764, 765. 768, 769, 1008, 1388, todos del Código Civil; 593, 596, 597, 471, 473, 470, 472, 630, 635 del C. J. y demás concordantes de unos y otros.

LOS CARGOS

Primer cargo:

Considera el recurrente, que en los juicios donde se reclama una declaración de propiedad o dominio, precisa al demandante acompañar a los autos, no sólo el instrumento declarativo de tal situación jurídica, sino que, además, debe éste completarse con el certificado del Registrador de instrumentos públicos correspondiente, para así acreditar que el título es suficiente y hábil a obtener la declaración solicitada, ya que de otra manera, sin el certificado, "se resolvería sobre una cuestión de dominio sin elementos de juicio suficientes".

Considera la Corte:

Si la ley obliga al demandante a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción trata o versa sobre inmuebles ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente, no otra, que la escritura pública debidamente registrada —artículo 630 del C. J.— ya que con ella y sólo con ella, acredita, que por ese medio legal —la tradición— radica en él la condición de dueño alegada en la demanda. Una cosa es el título mismo y otra la suficiencia de él, y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aduzcan las partes, lo que se hace en debate amplio, al demandante le basta afirmar y demostrar su condición de dueño presentando el título, y el demandado, si tiene otro antelado o posterior de mejores condiciones proceder a oponérselo al primero; en este caso, sólo entonces, y si el demandante quiere demostrar que su título es legalmente el más atendible, puede acreditar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicante le basta demostrar que es dueño de la cosa, y esa demostración se hace con la presentación de su título debidamente registrado y nada más. En ninguna parte ha dicho la ley que para reivindicar u obtener una declaración de propiedad, es necesario presentar título acreditado como suficiente.

La Corte, en sentencia de casación de fecha 30 de septiembre del año de 1919, sentó desde entonces doctrina al particular, diciendo, "Que el certificado de que habla el artículo 111 de la Ley 105 de 1890 (635 del actual Código Judicial), no es necesario presentarlo cuando en amplio debate judicial se discuten títulos, porque hay otros medios de convicción que suplen el certificado".

Es más: si sólo con título calificado de suficiente pudiera obtenerse una declaración de propiedad, resultaría que dueños de terrenos con títulos de corta data no podrían ampararse en la justicia para

nece pero que por una u otra circunstancias está poseído por terceros; y esto es bajo todo punto inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho.

Como es claramente inaceptable la tesis que propugna el cargo, se rechaza en consecuencia.

Segundo cargo:

Estima el recurrente, que hay incongruencia entre la demanda y la sentencia, porque en la primera se solicita una declaración de propiedad "en vista de la escritura 294 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá, y la sentencia hace la declaración sobre la escritura número 290 de 23 de febrero de 1918 de la Notaría 2ª del mismo Circuito".

Se considera:

Coincide la Corte con la apreciación que hizo el Tribunal sobre este considerando que hace el recurrente, toda vez que la Sala falladora de este pleito al rechazar la antijurídica y extraña tesis del Juzgado de la primera instancia, la misma que copiándola presenta el recurrente como cargo, tuvo oportunidad de expresar que el derecho de dominio reside no en el número de una escritura sino en el título que lo declare y establezca. Sería como lo dice el Tribunal "irrisorio para la justicia" pretender que la equivocación nacida de un simple error de cita, tuviera como virtualidad el desconocimiento del derecho mismo; mas en este caso, cuando el título justificativo del derecho alegado se presentó oportunamente y en el memorial que solicitó la prueba, hizo el peticionario la aclaración de ese error que tanto impresionó al Juzgado. Allí dijo el señor apoderado de la parte demandada, que pedía se agregara al expediente copia de la escritura número 294, no 290, de fecha 20 de febrero de 1918, por la cual Rita Córdoba v. de Buitrago vendió un inmueble a Pedro Cantor y Deogracias Mayorga, y a ese contrato fue al que se refirió la parte actora en su demanda y sobre el cual, en todo el juicio ha controvertido el demandado.

Bajo todo punto de vista es absolutamente inocuo el cargo; se impone por tanto su rechazo.

Tercer cargo:

El Tribunal desconoció erróneamente el valor probatorio de los títulos del demandado, y hace a favor de los demandantes una declaración de propiedad y pertenencia en contra de los intereses del demandado, contrariando la realidad jurídica de las pruebas llevadas al pleito.

Infundado también es este otro cargo. La sentencia no desconoció los títulos del demandado, que dicho sea de paso fueron presentados por la parte actora; precisamente en vista de ellos y teniendo en cuenta los allegados por el demandado fundó la Sala falladora la declaración que trae el proveído que se acusa; y si hizo la declaración de propiedad, fue porque el derecho consecuencial se acreditó pese al error de número con que en la demanda hubo de señalarse el instrumento.

Pero hace el recurrente especial mención a la sentencia del Tribunal de Bogotá que en copia registrada vino a los autos con la demanda de casación, y de la cual resulta que los actores de este juicio, Cantor y Mayorga, vendieron a Gregorio Mayorga el lote de terreno al cual se contraen las peticiones de este pleito, y que este señor Mayorga, luégo de recibir la posesión material del mismo lote fue vencido en el juicio de dominio que le inició José Ramos —el demandado en este juicio— juicio en el cual fue materia el mismo lote; por tal fallo obtuvo Ramos no sólo declaración de propiedad a su favor sino la orden de restitución consiguiente a la acción reivindicatoria por él iniciada. Este elemento probatorio si se hubiese aducido oportunamente habría evidenciado que ninguna personería asiste a los actores para intervenir en estas diligen-

cias; mas no siendo procedente en casación el allegamiento de nuevos elementos probatorios, la situación jurídica del negocio debe ser establecida hasta el segundo grado, ya que, sobra decir, el recurso de casación va encaminado únicamente a la revisión de las sentencias de los Tribunales por los motivos en que ellas se funden y teniendo en cuenta los cargos que se les formulen, sea por aplicación indebida de la ley, por interpretación errónea de los elementos probatorios aducidos legalmente en las instancias del proceso, o por las demás causales taxativamente señaladas en el artículo 520 del Código Judicial.

Ha dicho repetidas veces esta Sala, que la Corte en Casación, no tiene facultad para estimar elementos probatorios que por primera vez y ante la misma se presenten al debate, porque éste queda cerrado con el fallo del Tribunal. Su misión es puramente doctrinal, y va también a reparar los agravios que infieran las sentencias pero teniendo en cuenta únicamente, los fundamentos de hecho y de derecho aducidos oportunamente; la sentencia recurrida en casación es la que constituye el hecho o la materia sujeta al debate en este recurso, a diferencia de lo que ocurre en las instancias de un juicio en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o hecho demandado; los jueces falladores califican el proceso en su integridad, la Corte, cuando no procede como Tribunal de instancia, juzga la sentencia en la parte acusada y por las causales y motivos que legalmente se aduzcan.

Es por tanto improcedente el cargo.

Finalmente, se observa: Son varias las disposiciones legales que considera el recurrente como violadas por el Tribunal sentenciador al proferir el fallo que se acusa: cita los artículos 1750, 1757, 1759 y 1760 del Código Civil, que hablan en su orden, del plazo que la ley concede para pedir la rescisión de los contratos; de a quién incumbe la carga de la prueba de las obligaciones; del mérito que presta un instrumento público; y el último, que fija como norma, que la falta de un instrumento público en los casos en que la ley exige esta solemnidad no puede suplirse por otra prueba. Señala también como violadas, las disposiciones de los artículos 756, 757, 762, 764, 765, 778, 779, 789 del Código Civil, preceptos estos incorporados, unos, en el Título 5º, Capítulo 3º del Libro I del Código Civil. "De las otras especies de tradición" y otros en el tratado "De la posesión", normas legales éstas, que como las anteriores, no dice el recurrente en qué forma, por qué medios o motivos fueron quebrantadas por el Tribunal; sin embargo, la Corte observa, que relacionadas estas disposiciones con los cargos que presenta la demanda, no tienen relación ninguna con los considerandos de orden legal que allí se anotan. Otro tanto ocurre con las tomadas del Capítulo sobre "Prescripción", pues los autos nada tienen que ver con esta figura jurídica no alegada por las partes durante el trámite del juicio. Más inoportuno aún, el señalamiento de los artículos 1299, 1108, 1388, 857 del Civil, que hablan, de cuando una persona toma el título de heredero, a qué títulos puede sucederse a una persona difunta, cómo deben definirse las cuestiones de propiedad que terceros disputen a una herencia, cuándo la venta debe reputarse perfecta. Basta el contenido simple de todas estas disposiciones para anotar la inoperancia de la cita en cuanto hace a la demanda que se estudia.

Nada puede, pues, decir la Corte, en relación con estos preceptos legales, toda vez que los cargos que se hacen a la sentencia, ya explicados, si no tienen conexión directa ni indirecta con estas disposiciones de la ley, no pudieron haber sido quebrantados por la Sala falladora al proferir el fallo.

Resolución:

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha ocho de abril del corriente año, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, materia del recurso.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Liborio Escallón—Daniel Anzola—Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio.

PERJUICIOS.—ACCION CIVIL PARA LA REPARACION DE PERJUICIOS.—ACCION PENAL.

1.—Conforme al artículo 24 del Código de Procedimiento Penal la acción civil para el resarcimiento causado por la infracción de la ley penal se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos, y conforme al artículo 25 si el perjudicado por la infracción no ha intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer la acción civil dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil. — 2.—Cuando en el proceso se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, no se podrá proponer la acción civil, lo que vale decir que cuando la sentencia es absolutoria o se ha sobreseído definitivamente, esas decisiones tienen fuerza de cosa juzgada, no solamente en el ramo penal sino en el civil, pues hacen tránsito a cosa juzgada. El artículo 39 de la Ley 169 de 1896 confería al actor el derecho de intentar la acción civil para la indemnización del daño causado por los cuasidelitos o culpas, sin sujeción a la acción criminal. 3.—La violación de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil resulta necesariamente de la comprobación de estos dos hechos: 1º que la persona obligada a responder por el daño puso toda actividad y cuidado que su calidad le exigía, sin que ello obstara para impedir el hecho culposo, y 2º que no hubo malicia ni negligencia en el agente que causó el daño.

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

(Ponente: Magistrado Dr. José Miguel Arango)

El Juez segundo del circuito de Medellín absolvió al Concejo Municipal de esa ciudad, de todos los cargos que Víctor Vélez en su propio nombre y en representación de la sociedad conyugal Vélez Usma y de sus menores hijos María Cecilia, Anatilde, Lucía, Víctor y Juana María le formuló por los daños causados a su cónyuge y a su hija Juana María, por una máquina aplanadora del Municipio, manejada por Gonzalo Caro.

Vélez no se conformó con la decisión del Juez y apeló para ante el Tribunal Superior de Medellín, entidad que revocó el fallo de primera instancia y en su lugar dispuso:

1. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el demandado. 2. Se declara que el Municipio de Medellín es responsable de los daños causados a Víctor Vélez, y a María Cecilia, Anatilde, Lucila, Víctor A. y Juana María Vélez Usma, por la muerte de la señora María de Jesús Usma y por la mutilación con pérdida del pie derecho, de la niña Juana María Vélez Usma ocasionadas el 13 de marzo de 1934, por el empleado del Municipio señor Gonzalo Caro. 3. Se declara que el Municipio de Medellín debe pagar a Víctor Vélez, cónyuge sobreviviente de la señora María de Jesús Usma y a sus hijos María Cecilia, Anatilde, Lucila, Víctor A. y Juana María Vélez, la cantidad de dos mil novecientos seis pesos treinta y ocho centavos ($ 2.906.38). Por muerte del señor Vélez la parte o suma de cuatrocientos sesenta pesos dieciocho centavos $ 460.18), que en dicha cantidad correspondió al señor Vélez, se entregará a sus hijos citados. 4. Se declara que el Municipio de Medellín está en la

obligación de pagar a la niña Juana María Vélez Usma, debidamente representada, la cantidad de dos mil quinientos treinta y cuatro pesos con tres centavos ($ 2.534.03). 5. Estas cantidades las pagará el Municipio una vez ejecutoriada esta sentencia; y además pagará los intereses legales de esas sumas, de dicha ejecutoria en adelante. 6. Se niegan las demás declaraciones pedidas en la demanda. No hay lugar a costas.

Contra este proveído interpuso recurso de casación el municipio, el cual fue concedido y como se ha cumplido la tramitación propia del recurso, se procede a decidirlo.

Antecedentes

El día 13 de marzo de 1934, se encontraba María de Jesús Usma de V., quien llevaba en brazos a su hija Juana María, en la puerta del almacén de los señores Jorge y Roberto Saldarriaga, situado en la calle de Colombia en Medellín, cuando el señor Gonzalo Caro, empleado del municipio, que manejaba una aplanadora del distrito, por descuido o imprudencia, dice el demandante, dejó deslizar la máquina hacia aquel lugar, causando la muerte de la señora de Vélez y la mutilación de la pierna derecha de su hija.

Este hecho dio motivo a Vélez para demandar al municipio por los daños causados a su cónyuge y a su hija.

Sentencia del Tribunal

El Tribunal revocó el fallo de la primera instancia y condenó al municipio en los términos atrás copiados, fundándose principalmente en que Caro era responsable de los daños causados a los demandantes a pesar de que la Sala Penal de ese mismo Tribunal, en providencia de abril de 1935, confirmó el auto de sobreseimiento dictado por el señor Juez, en el sumario seguido a Caro por la muerte de la señora Usma de V. y por las heridas causadas a la menor Juana María Vélez, basándose en que las decisiones de la Sala en lo Criminal de ese Tribunal, no tienen fuerza de cosa juzgada en el presente caso porque la demanda civil intentada por Vélez se basa en hechos y circunstancias que no pudieron o no debieron apreciarse en lo penal ya que en este ramo se trata de sancionar con penas de arresto o prisión, actos que demuestren malicia o peligrosidad del agente, y por lo mismo han de aportarse pruebas plenas de la culpa o malicia, mientras que en el ramo civil sólo se trata de obtener las indemnizaciones debidas a la víctima del siniestro, partiendo de una base distinta.

Larga disertación hace el Tribunal al respecto, y para sostener sus puntos de vista, cita varias decisiones de la Corte Suprema y se apoya, principalmente, en el artículo 39 de la ley 169 de 1896, vigente cuando se estableció la demanda, que reconoce que por los cuasi-delitos o culpas se puede intentar la acción civil para indemnizar el daño, sin sujeción a la criminal.

Recurso

El municipio de Medellín por conducto de su apoderado ante la Corte, considera que el fallo es violatorio de la ley sustantiva, por violación de los artículos 1604, 2347 y 2356 del C. C.; por interpretación errónea del artículo 27 de la ley 94 de 1938 y por violación del artículo 28 de la misma ley. Juzga además que el fallo acusado se funda en una apreciación errónea de las pruebas que obran en autos.

Estudio de los motivos de casación alegados

— I —

Violación de los artículos 27 y 28 de la ley 94 de 1938. Conceptúa el recurrente que se han quebrantado los artículos dichos, por cuanto la acción civil no puede intentarse, cuando en el proceso penal se

ha declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se funda, no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido porque obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, y en el expediente aparece la sentencia del 3 de abril de 1935 dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en la cual se reconoce que el sindicado Caro no tuvo la menor culpa en el suceso, como consta en el sumario y así no puede deducírsele responsabilidad alguna, de consiguiente la Sala de acuerdo con el parecer del señor Fiscal, confirmó el auto de sobreseimiento que le fue consultado por el señor Juez Segundo Superior. Igualmente aparece en fallo de diciembre del mismo año, que el Tribunal confirmó también el auto de sobreseimiento dictado a favor de Caro, en el juicio que se le siguió por heridas en la persona de la menor Juana María Vélez.

Sostiene el recurrente que la nueva ley procedimental penal reglamentó íntegramente la materia, e introdujo, entre otras innovaciones, el ejercicio de la acción civil simultáneamente a la marcha del proceso criminal, para que la fuerza de un fallo penal no quede en contradicción con el fallo civil si el perjudicado pudiere promover nuevo juicio para la reparación del daño por una infracción que no existe o que el sindicado no ha cometido, pues basta que determinado hecho no sea considerado por los jueces del crimen como infracción de la ley penal, para que la sentencia que ellos dicten tenga fuerza absolutoria aun para los efectos civiles.

Interpreta el fallo erróneamente el artículo 27 de la ley citada, según la cual, "Tratándose de contravenciones la acción civil podrá intentarse sin sujeción a la penal". Sería absurdo, dice, que dos preceptos sucesivos de la misma disposición estuvieran en contradicción. Pero esta situación no existe. El hecho imputado a Caro Calle, en el caso de habérsele probado culpa, tiene pena de cuatro años de prisión, según el artículo 1o. de la ley 164 de 1938, reformatoria del nuevo Código Penal. Refuerza esta tesis el artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, que al referirse a las infracciones de competencia de la policía, dispone que la acción civil podrá intentarse sin sujeción a la penal. El homicidio imputado a Caro no puede llamarse contravención por la más benigna de las legislaciones represivas del crimen.

Se observa:

Plantea el recurrente la cuestión de saber si una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento definitivo, dictado en un sumario o causa criminal, hace tránsito a cosa juzgada en lo civil, es decir, si absuelto un individuo en la causa criminal se puede luégo intentar la acción civil para reparar o indemnizar el daño causado por el delito porque se juzgó.

La tesis del recurrente bajo la actual legislación penal no tiene réplica. La controversia ,está definitivamente fallada por el querer del legislador, que en el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal dispuso que la acción civil para el resarcimiento causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos, y el artículo 25 en su inciso 2o., dispone que si el perjudicado por la infracción no ha intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer la acción civil dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil.

Ahora, cuando en el proceso se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, no se podrá proponer la acción civil, lo que vale decir que cuando la sentencia es absolutoria o se ha sobreseído definitivamente, estas decisiones tienen fuerza de

cosa juzgada, no solamente en el ramo penal sino en el civil. Ellas hacen, pues, tránsito a cosa juzgada.

En este expediente figuran los autos de sobreseimiento definitivo dictados a favor de Caro y pudiera creerse que conforme a las disposiciones citadas, Vélez no podría intentar la acción civil con posterioridad a la ejecutoria de ese fallo y esa solución sería de toda evidencia, si en el proceso no figurara una cuestión de hecho que hace cambiar la faz de la tesis jurídica en estudio.

Efectivamente la demanda instaurada por Vélez tiene fecha 19 de febrero de 1936, admitida por el Juez en 22 del mismo mes y año, época en que no regía el actual código de Procedimiento Penal que reglamentó íntegramente el ejercicio de la acción civil como consecuencia de una infracción penal, ya que ese código por mandato del artículo 724 de la misma obra, empezaría a regir el primero de julio de 1938, de todo lo cual se desprende, indefectiblemente, que el problema subjúdice planteado por el recurrente, ha de resolverse a la luz de la disposición del artículo 39 de la ley 169 de 1896, bajo cuya egida estableció Vélez su demanda. Esa disposición le confería al demandante el derecho de intentar la acción civil para indemnizarse del daño causado por los cuasidelitos o culpas, sin sujeción a la acción criminal, lo que está indicando, que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento definitivo dictado en el sumario o en la causa que se adelante para la investigación y castigo del delito, no hace tránsito a la cosa juzgada, en lo civil, cuando la acción que se ejercita en ese ramo sea para indemnizar los daños causados por los cuasidelitos o culpas.

Se dice que esta disposición es la que ha de servir para decidir el presente litigio, porque ella crea o da nacimiento para Vélez a un derecho adquirido y sustantivo que no puede ser vulnerado por leyes posteriores, de acuerdo con claro precepto constitucional, y porque Vélez estableció su acción no para que se castigara a Caro Calle por el hecho delictuoso o culposo, sino por la negligencia o descuido o imprudencia en el manejo de la aplanadora, hechos éstos que no fueron sometidos a la decisión del Juez en lo penal. Así aparece de la demanda y así interpretó ésta el Tribunal, de suerte que habría que acusar la sentencia por error de parte del Tribunal en la interpretación de la demanda, para abrirle el campo a la disposición que fija el alcance de la cosa juzgada.

Vélez sostiene que Caro fue culpable sin intención de cometer daño, cosa que constituye un cuasidelito o culpa que engendra la obligación de reparar el daño, de acuerdo con el artículo 34 de la ley 57 de 1887.

En vista de las razones expuestas no puede decirse que el Tribunal quebrantó los artículos 27 y 28 de la ley 94 de 1938, porque fundó su fallo en el artículo 39 de la ley 169 de 1896 que se ha comentado atrás. Incidentalmente citó el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal, no como fundamento principal de su fallo, sino como ejemplo ilustrativo para reforzar los razonamientos que hizo el Tribunal en el capítulo de su proveído, que intituló: "REPERCUSIONES DE LAS PROVIDENCIAS DE AUTORIDADES EN LO PENAL SOBRE LA ACCION CIVIL".

Las influencias que las decisiones penales ejercen sobre la eficacia o ineficacia de la acción civil para reparar el daño causado, están determinadas y señaladas expresamente, entre otros, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 14 de marzo de 1938, Tomo 46 de la Gaceta Judicial, página 211, a pesar de dos salvamentos de voto, de subido valor jurídico. Allí se lee:

"La obligada distinción jurídica entre delito y culpa civil la hace nuestra ley escrita en diversas oportunidades, de ellas en el artículo 39 de la ley 169 de 1896, en cuya parte última se refiere a los cuasidelitos o culpas para establecer que la acción civil encaminada a indemnizar el da-

ño puede intentarse sin sujección a lo criminal, después de haber establecido en sus incisos precedentes algo atañedero al delito tan sólo y a las dos acciones, la criminal y la de reparación del daño, para decir que pueden intentarse conjuntamente, sin necesidad de constituírse acusador el interesado, o que puede la civil intentarse por separado, caso para el cual advierte que esta acción estará en suspenso hasta que la criminal se decida.

"Y es obvio que esto no podía suceder de otro modo, puesto que cuando se trata del delito como fuente de la reparación, mal podría decidirse sobre ésta, que es efecto, sin tenerse como base la decisión sobre aquél, que es la causa; y del propio modo, cuando no se trata del delito, no siendo éste la causa de la reparación no hay lugar ni motivo para que aquélla espere.....

"Y si (siguiendo el mismo supuesto), ya se ha decidido sobre el delito, es igualmente claro que esta decisión en nada obsta a la acción civil de indemnización por la culpa, porque, siendo distintos el delito y la culpa y no tratándose en el pleito civil de aquél sino de ésta, la decisión sobre aquél, extraña por ende a la fuente de la acción civil, que se repite es la sola culpa, no puede tener alcance de cosa juzgada".

— II —

Considera el recurrente que el fallo viola la ley sustantiva en cuanto desecha las pruebas exculpativas de la entidad demandada y desconoce la existencia del caso fortuito comprendida en la excepción genérica que opuso el señor Agente del Ministerio Público, ya que en la sentencia no se tomaron en consideración las pruebas presentadas por el municipio para demostrar la fuerza mayor o caso fortuito.

A esta acusación del recurrente, se hace el siguiente reparo: El Tribunal en su sentencia examinó las pruebas a que hace referencia el recurrente consistentes en las declaraciones de Roberto Saldarriaga y Alfonso Ochoa, y los conceptos periciales de Samuel Restrepo, Jesús Londoño, Roberto Tisnés y Luis Ochoa, y de este estudio, en conjunto, dedujo que las palancas de la cilindradora al hacer un reverso se desengranaron por lo cual vino a quedar la máquina sin control y sin dirección, lo cual indica que el aparato tenía una pieza sustancial en mal estado y que no fue revisado debidamente para constatar que, al efectuarse la maniobra tan frecuentemente como la de reversar, la cilindradora continuaba debidamente engranada y obedeciendo en un todo a la dirección y control que le imprimiese el conductor, lo que está indicando que hubo, por parte del municipio, por lo menos descuido o negligencia para revisar la máquina que prestaba servicios en las calles de Medellín.

Se ve pues que el Tribunal sí estudió las pruebas presentadas por el municipio, pero de su estudio dedujo la conclusión de que ellas no servían para demostrar la fuerza mayor o el caso frotuito. Si el recurrente considera que con ellas sí se demuestra ese caso fortuito o esa fuerza mayor, ha debido hacer la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de esas probanzas, pero esa acusación no aparece en alegato de casación.

Considera el recurrente que la sentencia del Tribunal acepta que la culpa es factor esencial para la creación de un vínculo jurídico en casos como el presente, de tal manera que al desestimar las pruebas plenas que el distrito obró con la mayor diligencia viola los artículos 2347 y 2356 del Código Civil, el primero de los cuales dispone que cesa la responsabilidad de las personas allí mencionadas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, y el segundo, que sólo en caso de malicia o negligencia del agente, hay lugar a la reparación del daño.

Observa la Corte que la violación de estas disposiciones, resulta necesariamen-

te de la comprobación de dos hechos: 1. Que la persona obligada a responder por el daño puso toda su autoridad y cuidado que su calidad le confería, sin que ello obstare para impedir el hecho culposo.— 2. Que no hubo malicia ni negligencia en el agente que causó el daño.

Se ha visto ya que el Tribunal consideró que el Municipio no obró con sumo cuidado y sí con negligencia, al no haber reparado la cilindradora antes de haberla puesto bajo el comando de Caro Calle para que prestara sus servicios en las calles de Medellín, y en una muy transitada, como la en que tuvo lugar el siniestro de que dan cuenta estos autos, puesto que al ejecutar la maniobra que se denomina "reversar", los piñones se desengranaron dejando la máquina sin control ni dirección, de donde deduce el Tribunal la negligencia o falta de cuidado, de parte del Municipio, dueño de la aplanadora.

Visto lo anterior, es fuerza concluír que si no prospera la acusación por la apreciación de las pruebas en que fundó su fallo el Tribunal, la violación de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil, ha de tener idéntico resultado.

Lo anterior no quiere decir, en manera alguna, que la Corte en este fallo acoja la novísima teoría de la creación del riesgo o sea la responsabilidad objetiva, que se funda en que todo aquel que pone en acción fuerzas peligrosas en su interés, o en su provecho, debe asumir las consecuencias de su iniciativa, porque si se crea un riesgo, se debe, si este riesgo se realiza, soportar sus consecuencias. No, la Corte fundada, como se ha visto, en el artículo 39 de la ley 169 de 1896 considera que un cuasidelito por disposición expresa de la ley es fuente de obligaciones, lo que vale decir que si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa, y por ese hecho ha de responder su autor, que es lo que consagra nuestro derecho positivo en el artículo 34 de la ley 57 de 1887.

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, el 10 de abril de 1940, materia de este recurso.

Sin costas, por ser recurrente el municipio (artículo 576 del C. J.)

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESTITUCION DE BIENES — MEDIOS NUEVOS EN CASACION — DOCTRINA DEL ARTICULO 606 DEL CODIGO DE COMERCIO

1. Conforme a constante jurisprudencia de la Corte los medios nuevos de ataque a una sentencia son inaceptables en el recurso de casación. — 2. Por mandato del artículo 606 del C. de Comercio el gestor queda indefinida y solidariamente responsable de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Sirven de antecedente a este pleito los hechos expuestos por el actor en su libelo de demanda, los que a la letra dicen:

"1o. El día 6 de octubre de 1905 contrajeron matrimonio, por ante el Cura Párroco de la Iglesia de San Nicolás, de Barranquilla, el señor Juan Amarís Maya y la señorita Ana Elena Maya.

2o. Durante la existencia de la unión matrimonial vinieron a la vida varios hijos de entre ambos cónyuges, de los cuales sólo subsistieron los exponentes: yo, Luisa Cecilia, que nací el 22 de septiembre de 1909; y yo, Rafael Antonio, que nací el 24 de septiembre de 1911.

3o. Con posterioridad a la fecha indicada en el punto primero nuestro padre, don Juan Amarís Maya, obtuvo privilegio del Distrito de San Juan del Córdoba, para establecer unas plantas generadoras de fuerza eléctrica para el alumbrado de dicho distrito.

4º El privilegio mencionado se le concedió a nuestro señor padre por el término y con las condiciones acordadas en la respectiva convención, y con el lleno de los requisitos legales pertinentes.

5o. Ya en posesión del privilegio, el concesionario fundó la sociedad en comandita simple "Amarís & Cía., Empresa Eléctrica del Córdoba", a la cual aportó, además de su industria personal, el mencionado privilegio, previo aviso de este traspaso al Concejo. La fundación de la sociedad "Amarís & Cía." se verificó el 7 de octubre de 1907.

6o. Disuelta y liquidada la sociedad, nuestro padre fundó el 20 de octubre de 1909 la sociedad "Amarís Maya & Cía.", a la que llevó como aporte el privilegio.

7o. Con anterioridad a la fundación de la sociedad "Amarís Maya & Cía.", o sea, el 25 de noviembre de 1908, la alcaldía del Distrito de San Juan del Córdoba, por resolución de esa misma fecha, adjudicó al concesionario del privilegio, con arreglo a disposiciones legales vigentes a la sazón, una hectárea de terreno, alinderada como allí se expresa.

8o. La adjudicación de este terreno obedeció al compromiso contraído en el ordinal d) del artículo 1o. del Acuerdo número 27 de 1906 (17 de mayo), por el Municipio que otorgó el privilegio. Este acuerdo es el aprobatorio del privilegio mismo.

9o. La sociedad "Amarís Maya & Cía" fue disuelta y liquidada en 29 de enero de 1912, tomando para sí el socio gestor de ella el activo y el pasivo líquidos.

10. El 19 de diciembre de 1911 murió en San Juan del Córdoba Ana Elena Maya de Amarís, madre de los exponentes y legítima mujer de nuestro padre, Juan Amarís Maya.

11. Posteriormente, el 5 de febrero de 1912, nuestro padre transfirió a Francisco Amarís a títulos de venta y de dación en pago "la planta de luz eléctrica que en

el ciudad de Ciénaga ha tenido funcionando la sociedad "Amarís Maya & Cía.", inclusive las respectivas maquinarias con sus útiles, enseres y anexidades", también fue objeto de la transferencia, a los títulos expresados, el "privilegio que la Municipalidad de Ciénaga (San Juan del Córdoba) concedió al primero (Juan Amarís Maya) con facultad para montar y explotar en aquel distrito una o varias plantas generadoras de energía eléctrica, el cual privilegio consta en contrato que se aprobó por el Gobierno Nacional....." En la transferencia a que se contrae este punto Juan Amarís Maya obró en su propio nombre y como liquidador de la sociedad "Amarís Maya & Co."

12o. A base de la anterior adquisición el señor Francisco Amarís constituyó el 5 de febrero de 1912, en asocio de Samuel Pineda, Jr., la compañía colectiva de comercio "Amarís & Pinedo", con domicilio en la ciudad de Ciénaga. El aporte del contribuyente Amarís consistió, entre otras cosas, "en la planta de alumbrado eléctrico que está funcionando en Ciénaga, incluyendo sus máquinas, enseres y accesorios y también el privilegio que para explotar una o varias plantas generadoras de energía eléctrica le fue otorgado al señor Juan Amarís Maya, según contrato que aprobó el Gobierno Nacional....."

13. El día 16 de noviembre de 1913 se declaró disuelta la sociedad de que trata el punto anterior, por mutuo acuerdo de sus fundadores, quienes escogieron para liquidadores a Samuel Pinedo, Jr., y Juan Amarís Maya, quienes debidamente facultados para hacerlo, y a la vez como únicos titulares de los bienes de la sociedad disuelta, transfirieron, a título de venta, a la sociedad anónima denominada "Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga" por la suma de $ 50,000.00 oro americano "el privilegio, la maquinaria, edificios, enseres, útiles y demás propiedades y derechos de la empresa "Amarís & Pinedo".

14. La entidad compradora se fundó el 16 de noviembre de 1913 con domicilio en Ciénaga, declarando como su objeto "la explotación de plantas de alumbrado, fuerza y energía eléctrica y la explotación del privilegio que sobre esos ramos corre publicado en el Diario Oficial número 13,038 de 22 de agosto de 1907, referente al municipio de San Juan del Córdoba....."

15. En posesión regular del privilegio tantas veces memorado, así como de los inmuebles útiles y demás cosas que constituían sus haberes, entre éstos el terreno de que se habló en el punto 7o., la "Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga" se disolvió por acuerdo de la junta general de accionistas — fue nombrado liquidador de la citada sociedad el doctor Julio Labarrera, quien hizo la partición y división correspondiente — y traspasó a título de venta, a la "Compañía Colombiana de Electricidad", por la suma de $ 2,000.00 aquel privilegio y aquellos inmuebles, útiles y demás cosas que eran de la pertenencia de la entidad vendedora. La compañía últimamente mencionada es la actual propietaria de los bienes aquí enumerados.

16. El traspaso a que se refiere el punto anterior se verificó el día tres de marzo de 1931, previo aviso al Concejo de Ciénaga, según consta en el instrumento público número 23, de 20 de enero de 1931, otorgado en la Notaría 1a. de Ciénaga.

17. El juicio de sucesión intestada de Ana Elena Maya de Amarís, fue abierto y está radicado en el despacho a su cargo por auto de fecha 2 de junio de 1914; providencia que también nos declara herederos de la causante, sin perjuicio de terceros. En este juicio se decretó, por auto de 13 de mayo del año en curso (1936) la correspondiente facción de inventarios y avalúos".

El proceso

Fundándose en los anteriores antecedentes los Sres. Rafael Amarís Maya y Luisa Cecilia Amarís de del Castillo presentaron ante el Juez del Circuito de Ciénaga

demanda ordinaria contra la "Compañía Colombiana de Electricidad", sociedad anónima con domicilio en Barranquilla, solicitando que fuera condenada a restituír a la sociedad conyugal que existió entre Juan Amarís Maya y Ana Elena Maya de Amarís, la planta de luz eléctrica que en la ciudad de Ciénaga tenía funcionando la sociedad "Amarís Maya & Co." el 5 de febrero de 1912, inclusive el globo de terreno en que estaba situada, las respectivas maquinarias con sus útiles, enseres y anexidades, así como el privilegio que el mencionado municipio confirió al nombrado Amarís Maya, con facultad para montar y explotar en aquel distrito una o varias plantas de energía eléctrica, según contrato aprobado por el Concejo de San Juan del Córdoba en Acuerdo número 27 de 1906; que así mismo ordene a la Compañía Colombiana de Electricidad a restituír a la sociedad conyugal antes dicha los frutos y rentas que hayan producido o podido producir los bienes de que se trata; y, finalmente, condene a la parte demandada a las costas del juicio.

El Juez a quo, 2o. del Circuito de Ciénaga, le puso fin a la primera instancia en sentencia fechada el 1o. de septiembre de 1937, en la cual convino en las peticiones principales de la demanda y condenó a la compañía demandada a restituír á la disuelta sociedad conyugal la planta eléctrica con el globo de tierra donde estaba funcionando y todas sus maquinarias, útiles y demás anexidades, lo mismo que el privilegio que el nombrado municipio otorgó a Juan Amarís Maya. También la condenó al pago de los frutos civiles, no sólo los recibidos sino los que hubiera dejado de recibir, a contar desde el 5 de febrero de 1912. Se abstuvo de hacer condenación en costas.

La sentencia acusada

De tal proveído apeló oportunamente la parte demandada, para ante el Tribunal Superior de Santa Marta, entidad que, previo el trámite de rigor, pronunció fallo de segunda instancia en el cual se revoca el apelado y en su lugar se absuelve a la sociedad opositora de los cargos del libelo de demanda.

Comienza el Tribunal por sostener que el cónyuge Amarís Maya obtuvo el contrato de privilegio (concesión) cuando ya estaba constituída la sociedad conyugal con su esposa, y que tal contrato le impuso obligaciones a cambio de la concesión; de donde resulta que el mencionado privilegio entró a formar parte de la sociedad conyugal.

Continúa la sentencia que, si como en la demanda se afirma el privilegio en la época indicada (1909) dejó de pertenecer a la sociedad conyugal, porque él ingresó, en virtud de aporte, a los bienes de la sociedad Amarís Maya & Co., no hay constancia en los autos, pero ni siquiera se deduce de los mismos hechos del libelo, que dicho privilegio volviera a ingresar al patrimonio de dicha sociedad conyugal; y si algún tiempo después dejó de pertenecer a la sociedad Amarís Maya & Co., no fue precisamente para volver a la conyugal, sino para pasar a manos de otras personas.

Al efecto, dice la sentencia, una vez disuelta la sociedad Amarís Maya & Co., el socio liquidador señor Amarís Maya, con facultad o sin ella, hubo de traspasar los bienes de la entidad liquidada a Francisco Amarís; éste los aportó luégo a la sociedad Amarís & Pinedo; disuelta también ésta, pasaron al dominio de la Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga, la cual, a su vez, los traspasó a la Compañía Colombiana de Electricidad, actual poseedora. Es decir, que según los mismos hechos del libelo, después de que el privilegio fue aportado por el marido en 1909 a la tantas veces mencionada sociedad Amarís Maya & Co., lejos de volver a ingresar al patrimonio de la sociedad conyugal, fue objeto de una serie de traspasos hechos a favor de terceras personas, hasta llegar al de la sociedad demandada.

En cuanto al dominio del globo de tierra, sostiene la sentencia que la cesión que el municipio hizo de esto al señor Amarís Maya no le fue hecha en su carácter personal, sino como concesionario del privilegio, para que pudiera hacer la instalación de la planta eléctrica. Síguese de lo dicho que quien adquirió los derechos del concesionario para establecer el servicio adquirió también el de hacer uso del globo de tierra. Por tanto, si Amarís Maya aportó a la sociedad Amarís Maya & Co. el privilegio que le había concedido el municipio, aportó también a ella el derecho para usar del globo de terreno.

Piden los demandantes, sigue la sentencia, que se obligue a la sociedad demandada a restituír la planta eléctrica, con sus útiles, enseres, etc., pero es el caso que aquéllos tampoco han presentado prueba alguna de donde se deduzca que dicha planta hubiera ingresado al patrimonio de la sociedad conyugal en cuyo nombre demandan. Considera el Tribunal que de autos se deduce lo contrario, a saber, que al constituírse la sociedad Amarís Amaya & Co., fue el socio comanditario Ribón & Co. quien hizo aporte de "una planta eléctrica con su montaje y demás gastos necesarios para su perfecto funcionamiento que se estima en un valor de ocho mil dólares, igual al aporte del otro socio". Además, no se ha demostrado siquiera que la planta que tenía funcionando la sociedad Amarís Maya & Co. esté actualmente en poder de la compañía demandada. Por el contrario, hay pruebas consistentes en declaraciones de testigos que infirman ese hecho.

Concluye el Tribunal que el fallo condenatorio de primer grado es injurídico y contrario a la equidad, porque confundió el patrimonio de la sociedad Amarís Maya & Co. con los bienes propios del marido, olvidando la noción de la separación del patrimonio de la sociedad del de los socios que la constituyen. Eso en cuanto al privilegio; porque en lo que se refiere a la planta misma, ni esa explicación tiene lugar, pues en ninguna parte aparece demostrado que ella hubiera sido siquiera del marido antes de ingresar al patrimonio de la sociedad Amarís Maya & Co., y ya se sabe que quien hizo el aporte de la planta fue el otro socio comanditario.

El recurso

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte actora y la acusa por el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J., es decir, por violación de ley sustantiva, unas veces por infracción directa y otras por aplicación indebida e interpretación errónea. También estima que se realizó dicha violación por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas. Concreta los cargos en los siguientes capítulos:

PRIMER CARGO. — Sostiene el recurrente que está plenamente establecido que el privilegio y sus anexidades fueron adquiridos por la sociedad conyugal ya mencionada. Disuelta y liquidada la sociedad "Amarís & Co., Empresa Eléctrica del Córdoba", el citado privilegio que había ingresado a esta sociedad volvió al patrimonio de la sociedad conyugal de donde no volvió a salir. El Tribunal cometió error de derecho al considerar que la sociedad conyugal sí había trasmitido los bienes reivindicados a "Amarís Maya & Co." por medio de la escritura número 477 de 1909, cuando en realidad esos bienes no fueron trasmitidos a la citada sociedad.

En efecto, está demostrado que el privilegio y sus anexidades son bienes inmuebles, pero por esa misma razón debió haberse inscrito el título que contenía los aportes en el libro de la Oficina de Registro de Ciénaga, lugar de la ubicación de los inmuebles. No se hizo así sino que se inscribió en el libro 2o. de la Oficina de Barranquilla, cometiéndose un error de derecho al darle valor probatorio a la citada escritura, el cual error condujo al

Tribunal a violar los artículos 669, 946, 947, 949 y 950 del C. C., por haber negado el carácter de dueño a la sociedad conyugal a cuyo nombre se demanda. Por haberlos dejado de aplicar, violó igualmente los artículos 2641 y 2673 del mismo código.

SEGUNDO CARGO. — Lo presenta como subsidiario del anterior y con ese carácter lo somete al estudio de la Corte. De esta manera lo resume: disuelta la sociedad Amarís Maya & Co. no hubo liquidador ni venta legítima de la planta y el privilegio a Francisco Amarís. Los bienes quedaron y están aún en cabeza de la comunidad que quedó al disolverse la mencionada sociedad; es decir, cada socio (Ribón & Co. y Juan Amarís Maya) es dueño de la mitad de los bienes. Como el Tribunal no lo entendió así, ofuscado por el error de derecho antes citado, violó los artículos 537, 540, 541, 543, 544 del C. de Comercio y 2141 y 2322 del C. C., que dejó de aplicar y tener en cuenta.

Explica este cargo el recurrente sosteniendo que en la escritura de constitución de la sociedad Amarís Maya & Co., número 477 de 1909, se designó como liquidadores a los dos socios, pero en la escritura número 28 de 1912 de disolución aparece que Juan Amarís Maya asume solo ese carácter de liquidador sin tenerlo. Si, pues, Juan Amarís vendió solo a Francisco Amarís sin ser legítimo liquidador, el título de éste no es justo ni eficaz para trasmitir el dominio, que por eso no pasó de la cabeza de la sociedad conyugal disuelta, a la de Francisco Amarís.

TERCER CARGO. — Ofuscado el Tribunal por los errores jurídicos anteriores, violó igualmente los artículos 1795 del C. C. al sostener que de nada le servía a la sociedad conyugal el hecho de que se hubiera disuelto la entidad Amarís Maya & Co., porque en este tiempo la conyugal estaba disuelta. Replica el recurrente que es verdad que ya estaba disuelta dicha sociedad conyugal, pero que sus socios conservaban un derecho en la sociedad Amarís Maya & Co., y si ésta se disolvió la conyugal ilíquida podía rescatar los bienes pertenecientes a ella o por lo menos la cuota que sus socios tenían en la primera.

Estudio de los cargos

— I —

Viene evidentemente demostrado en autos que Juan Amarís Maya y Ana Helena Maya contrajeron matrimonio el 6 de octubre de 1905; en forma tal que los actores Rafael Antonio y Luisa Cecilia Amarís Maya son hijos legítimos de tales contrayentes. De manera que cuando el 14 de mayo de 1906 el referido Amarís Maya obtuvo del Distrito de San Juan del Córdoba (Ciénaga) el privilegio para establecer una o más plantas generadoras de energía eléctrica para el alumbrado de dicho municipio, a que se refiere la escritura pública número 168, de 31 de octubre de aquel año, ese privilegio o contrato de concesión pasó a formar parte del patrimonio constituído por la mencionada sociedad conyugal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1781 del C. Civil. Y considera la Corte que el contrato entró a formar parte del patrimonio social, porque en él se impuso obligaciones importantes el concesionario Amarís y por ese motivo tiene el carácter de oneroso, ya que de ser gratuito, como responde el artículo 1497 del C. C., sólo hubiera tenido por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

Más tarde ese privilegio sufrió sucesivas transferencias por parte de Amarís, como administrador y jefe de la sociedad conyugal y dueño del contrato ante terceros. Al efecto, de conformidad con los hechos que sirven de fundamento a la demanda y que aceptan los actores, en el año de 1907 traspasó el privilegio a "Amarís & Co., Empresa Eléctrica del Córdoba". Disuelta dicha sociedad, el mismo concesionario fundó una nueva el 20 de octubre de 1909, denominada "Amarís

Maya & Co" y aportó a ella el privilegio en referencia. El 29 de enero de 1912 fue liquidada y disuelta la sociedad "Amarís Maya & Co.", actuando como liquidador el concesionario Juan Amarís Maya. Posteriormente tal liquidador y primitivo concesionario, obrando, dice, a su propio nombre y como liquidador, transfirió a Francisco Amarís, a título de venta y de dación en pago, "la planta eléctrica que en la ciudad de Ciénaga ha tenido funcionando la sociedad "Amarís Maya & Co.", inclusive las respectivas maquinarias con sus útiles, enseres y anexidades, así como el tantas veces nombrado privilegio". Luégo el adquirente Francisco Amarís constituyó la sociedad "Amarís & Pinedo", a la que transmitió la planta y el privilegio. Disuelta a su vez esta última entidad social, los liquidadores transfirieron tales bienes a la sociedad anónima "Compañía de Energía Eléctrica de Ciénaga"; y al disolverse ésta pasaron a manos de la "Compañía Colombiana de Electricidad", que es la demandada en este pleito.

—II—

El 19 de diciembre de 1911 murió la señora Ana Elena Maya de Amarís, cónyuge del concesionario, y por este solo hecho quedó disuelta la sociedad conyugal a cuyo nombre accionan los demandantes. Como quiera que el concesionario Juan Amarís Maya, como jefe y administrador de dicha sociedad conyugal, había transmitido el privilegio a la sociedad en comandita "Amarís Maya & Co." desde el 20 de octubre de 1909, dedúcese de tales hechos, debidamente admitidos en el libelo de demanda y comprobados en los autos, que al disolverse la sociedad conyugal en 1911, ya el privilegio había salido desde 1909 del patrimonio de pesta, para incorporarse al de la en comandita antes mencionada.

Ahora bien, cuando se disolvió la sociedad "Amarís Maya & Co.", en 1912, ya hacía varios meses que estaba disuelta la sociedad conyugal, y lejos de volver la concesión administrativa a manos de ésta, viene bien evidenciado en autos que Juan Amarís, como liquidador de tal sociedad de comercio, la transmitió a Francisco Amarís y éste, a su vez, a la entidad "Amarís & Pinedo".

A juicio de la Corte, el error primordial en que incurren los actores y que pretenden que le sirva de sustentáculo a esta acción, improcedente desde su fuente y origen, estriba en sostener que al morir la señora Ana Elena Maya de Amarís el 19 de diciembre de 1911 "se hallaban en poder del cónyuge sobreviviente no sólo el privilegio en cuestión, sino todos los derechos y cosas muebles e inmuebles que dicho privilegio amparaba y con éste tenían íntima relación". Carece de todo fundamento en los autos tal aseveración, única que daría viabilidad a la acción incoada. Lejos de eso, viene evidenciado en el proceso y así se desprende de los hechos fundamentales del libelo, que cuando murió la señora Ana Elena y entró en liquidación la sociedad conyugal ya el inmueble a él anexo, consistente en una hectárea de terreno, habían pasado a manos de la entidad "Amarís Maya & Co.", para no volver nunca a la sociedad conyugal, ya en trance de liquidación.

—III—

Pero como la parte actora sostiene al fundar el recurso de casación que el traspaso hecho por el concesionario Juan Amarís Maya a la sociedad "Amarís Maya & Co." carece de valor legal, por una parte; y que por otra la liquidación de tal sociedad está viciada por la falta de mandato del liquidador Juan Amarís Maya, amén de que dicho socio gestor tomó "para sí el activo y pasivo liquidados", viene al caso estudiar y decidir sobre el fundamento de esos cargos, a saber:

— A —

Error de derecho del Tribunal al considerar que se transmitió el privilegio a "Amarís Maya & Co." — Estima el recurrente que el privilegio y sus anexidades son bienes inmuebles y por esa misma razón la escritura social número 477 de 1909 debió inscribirse en el Libro número 1o., de la Oficina de Registro de Ciénaga, por contener el aporte de un inmueble. Concluye que por esa circunstancia el privilegio no pasó a manos de la sociedad mencionada y permaneció incorporado al patrimonio de la conyugal.

No comparte esta tesis la Corte, porque viene debidamente demostrado que los actores presentaron dicho traspaso del privilegio a "Amarís Maya & Co." como uno de los hechos fundamentales de la demanda, sin alegar a través de las instancias ni menos presentar como fundamento de derecho de sus pretensiones el vicio que sólo ahora alegan en casación. Otra cosa sería que esa supuesta irregularidad hubiera sido debatida en el juicio, a efecto de que la parte opositora pudiera presentar las alegaciones y elementos defensivos de rigor en un proceso como éste. Salta a la vista que se está en presencia de un medio nuevo de ataque en casación, ajeno a la controversia, que por esa razón es inaceptable en el recurso, y debe rechazarse, al tenor de la constante jurisprudencia de esta Sala.

— B —

También sostiene el recurrente, para quebrar la sentencia, que la declaratoria de disolución de "Amarís Maya & Co." fue hecha por el socio gestor Juan Amarís atribuyéndose el carácter de liquidador único, cuando en la escritura de constitución social se había estipulado que la liquidación debía correr a cargo de los dos socios fundadores, el comanditario y el gestor; y agrega que el gestor tomó para sí el activo y el pasivo liquidados de la sociedad disuelta.

La Corte considera:

No está respaldado con prueba alguna que el socio gestor Juan Amarís Maya hubiera tomado para sí el activo y el pasivo sociales de "Amarís Maya & Co." Lo que dice la escritura de disolución es que Juan Amarís asumió como gestor el carácter de liquidador "cargando él con las obligaciones que resulten a favor de terceros y en especial de quien quiera que represente al antiguo socio comanditario". Razón asiste al Tribunal para rectificar esta infundada aseveración del recurrente y estimar esa declaración como superflua, porque por mandato del artículo 606 del C. de Comercio el gestor queda indefinida y solidariamente responsable de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad.

Pero es que aun aceptándose como fundados tales cargos, resultarían inocuos para las pretensiones del recurrente, porque si en realidad de verdad la disolución y la liquidación de "Amarís Maya & Compañía" estuvo viciada por tales irregularidades, no por esa circunstancia el privilegio debía volver al patrimonio de la sociedad conyugal, porque para esa fecha (1912) estaba ésta disuelta por muerte de la señora Ana Elena, ocurrida en diciembre de 1911; y en el peor de los casos tal privilegio debía pasar entonces a otras manos o a poder de Juan Amarís Maya y Ribón & Co., gestor y comanditario, respectivamente, pero nunca a una sociedad conyugal ya disuelta y en estado de liquidación. Querría decir, en tal evento, que los actores y recurrentes en casación carecen de todo interés jurídico para suplicar la reivindicación del privilegio y sus anexidades, que al ser decretada, lo sería en favor de otras personas distintas de la entidad en cuyo nombre y representación comparecen en juicio.

— C —

Algo más puede agregarse a lo dicho y es lo siguiente: los demandantes suplican la restitución de la planta de luz eléctrica "que tenía funcionando "Amarís Maya & Co." el 5 de febrero de 1912". Pero es el caso, como bien lo dice la sentencia acusada, que tampoco han presentado prueba alguna de donde se desprende que esa planta y todos sus enseres y maquinarias fue antes de propiedad de la sociedad conyugal y aportada por ésta a la compañía mencionada. Si se lee la escritura número 477 de 1909, constitutiva de la compañía, puede verse que el socio Juan Amarís Maya sólo aportó el privilegio y su industria personal por suma de ocho mil dólares; y el socio comanditario "Ribón & Co." aportó "una planta eléctrica que con su montaje y demás gastos necesarios para su perfecto funcionamiento se estima en un valor de ocho mil dólares, igual al aporte del otro socio".

De manera que la planta eléctrica que tenía funcionando "Amarís Maya & Co." era de la exclusiva propiedad de tal entidad, por aporte especial del comanditario "Ribón & Co." y nunca perteneció antes al socio gestor Juan Amarís Maya, menos a la sociedad conyugal constituída por éste y su esposa Ana Elena; en forma tal que al disolverse esa sociedad de comercio mal podía regresar al patrimonio de la conyugal una planta que jamás le había pertenecido. Y bien es sabido que éste es el argumento básico de las pretensiones de la parte actora. Aun aceptándose que esa sociedad de comercio fue irregularmente disuelta y liquidada, se repite que los actores carecían de interés jurídico para pedir la restitución de una planta que, en el mejor de los casos, sólo pertenece a los dos socios de tal en comandita o a terceros.

Fuera de lo dicho, conviene anotar que tampoco han evidenciado los actores que la planta que tenía funcionando en 1912 "Amarís Maya & Co." sea la misma que al presentarse la demanda estaba en poder de la sociedad demandada. Tal hecho más bien aparece infirmado por varios testimonios, como los de Gonzalo Conde Galofre, Henry M. Gilbert y Samuel Pinedo, Jr.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta el día cuatro de octubre de mil novecientos treinta y nueve, que ha sido materia de este recurso.

Las costas serán de cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OPOSICION EN JUICIOS SOBRE BIENES VACANTES — QUE SE ENTIENDE POR BIENES VACANTES — APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1. Los bienes definidos como vacantes por el artículo 706 del C. C. están configurados así: son inmuebles que habiendo estado bajo el dominio del hombre no tienen actualmente dueño aparente o conocido; de donde es preciso concluír que es elemento esencial para que un bien pueda ser vacante el haber estado antes bajo el dominio de alguien. Tres factores son, por lo tanto, necesarios para que un bien pueda considerarse como vacante: a) inmueble que tuvo dueño; b) abandono de aquél por parte de quien se presentaba como dueño, y c) que a la fecha del denuncio el inmueble aparezca sin dueño aparente o conocido. Así lo ha sostenido la Corte en varias decisiones. — 2. De acuerdo con el artículo 843 del C. J. el opositor sólo está obligado a justificar su pretensión, de donde resulta que la acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo e inscrito y de buena fe para el acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente y, en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado y sin dueño aparente o conocido, desaparece en habiendo un poseedor cualquiera. — 3. No es el número de declarantes lo que da el valor probatorio única y exclusivamente a la prueba testimonial, sino las condiciones y calidad de los testigos y de ahí el principio del artículo 702 del C. J. que da a los juzgadores la facultad de apreciación al respecto dentro de las normas de la crítica jurídica.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

En ejercicio de la acción sobre declaratoria de bienes vacantes, a que se refiere el artículo 838 del C. Judicial, el señor Adolfo Carrizosa pidió que se hiciera la siguiente declaración: "Que es bien vacante por no tener títulos y por tanto pertenece al Municipio de Bogotá, por hallarse dentro de sus límites la finca Nº 8-38 de la Avenida Jiménez de Quesada entre carreras 8a. y 9a. de esta ciudad y alinderada así: "por el Norte, con la Avenida Jiménez de Quesada; por el Sur, con los solares de las casas de los señores Joaquín Reyes y Sebastián Carrasquilla; por el Oriente, con solar de Joaquín Reyes y el Edificio Cubillos, y por el Occidente, con edificación de Gabriel Prieto de la Torre".

En dos hechos fundamentó su demanda: 1o. En que la casa indicada la usufructuó hasta hace poco tiempo, la señorita María Sánchez, sin título, y 2o. En que como la referida casa no tiene dueño conocido en la actualidad, ni título escri-

to saneado a favor de ninguna persona, y se encuentra dentro de los límites que corresponden al Municipio de Bogotá, es un bien vacante perteneciente a éste.

El Personero Municipal de Bogotá al serle notificada la demanda ni se opuso ni coadyuvó a la acción, pero dentro del término de la fijación del edicto a que se refiere el artículo 840 del C. Judicial se presentaron Joaquín Reyes y María Sánchez de Chaw, oponiéndose a las pretensiones del actor y basando su oposición en que dentro de la alinderación dada al inmueble en la demanda están comprendidos predios de su propiedad y además la señora Sánchez pide que se le reconozca como dueña y poseedora del lote que ella individualiza en su oposición.

El juicio tomó entonces el carácter de ordinario al tenor del artículo 842, ibídem, y el Juez de primera instancia 4o. del Circuito de Bogotá en sentencia de 6 de febrero de 1939 falló adversamente a la pretensión del actor, declaró justificadas las oposiciones del señor Reyes y de la señora Sánchez de Chaw y condenó al demandante a pagar a los opositores las costas del juicio.

El Tribunal Superior de Bogotá en fallo de 30 de noviembre de dicho año confirmó la sentencia del inferior y el demandante recurrió en casación contra ella.

Es hoy el caso de decidir sobre el recurso, a lo cual se procede.

Se observan ante todo dos cosas: Que el demandante partió de la base del abandono del lote determinado en la demanda, sobre el concepto de que la señora Sánchez de Chaw había fallecido; mas esa aseveración no resultó exacta: dicha señora no sólo se opuso a la demanda sino que se presentó a la audiencia pública celebrada ante la Corte. En el curso del juicio se cambió la intención de la demanda, por cuanto se asevera que los opositores han ocupado o invadido parte de la ronda del río San Francisco, que es de propiedad del Municipio de Bogotá, de donde resulta que, planteada así la cuestión, la acción sería otra muy distinta de la ejercitada en este pleito, según adelante se verá.

La sentencia recurrida, que se refiere en cuanto a las apreciaciones probatorias a la de primer grado, se funda en esto: En que para que prospere una acción de la naturaleza de la incoada es necesario demostrar que el bien que se reputa vacante tuvo un dueño, que éste lo abandonó y que a la fecha del denuncio ese bien aparece sin dueño aparente o conocido; que no habiéndose comprobado esos extremos, puesto que los opositores presentaron los títulos que amparan sus derechos y comprobaron su posesión no interrumpida sobre ellos, la acción incoada no puede prosperar.

Como cuestión previa la Corte expresa los siguientes conceptos: Los bienes definidos como vacantes por el artículo 706 del C. Civil, están configurados así: son inmuebles que habiendo estado bajo el dominio del hombre no tienen en la actualidad dueño aparente o conocido, de donde es preciso concluír que es elemento esencial para que un bien pueda ser vacante el haber estado antes bajo el dominio de alguien.

Tres factores son, por lo tanto, necesarios para que un bien pueda considerarse como vacante: a) inmueble que tuvo dueño; b) abandono de aquél por parte de quien se presentaba como dueño, y c) que a la fecha del denuncio el inmueble aparezca sin dueño aparente o conocido. Esta configuración jurídica es la que la Corte le ha dado siempre a esa clase de bienes, en varios fallos entre otros en el de 15 de julio de 1939, **Gaceta Judicial** número 1949, Tomo XLVIII, página 398.

De acuerdo con el artículo 843 del C. Judicial el opositor sólo está obligado a justificar su pretensión, de donde resulta, como lo ha sostenido la Corte, fallo citado, página 399, que la acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo e inscrito y de buena fe al acto de la

posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente y, en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado y sin dueño aparente y conocido, desaparece en habiendo un poseedor cualquiera

Sentado lo anterior, se consideran los cargos fundados en las causales 1a. y 2a. del artículo 520 del C. Judicial, empezando por vía de método por estudiar el motivo segundo de la causal primera.

Dice así el recurrente: "Al efecto se acreditó con la prueba testifical aducida por la parte actora y con la diligencia de depósito judicial del inmueble descrito en la demanda, la existencia de la finca denunciada como vacante y se demostró que ella consistía en la ronda austral del río San Francisco formada por el lote de terreno de una cabida aproximada de veinte varas y las cercas o paredes que separaban la ribera o ronda de dicho río, de los solares de las casas de los señores Joaquín Reyes, Sebastián Carrasquilla y María de Jesús Sánchez..... Acreditado así que la finca, materia de la denuncia como bien vacante, tal como se describe en el libélo de demanda, está constituída precisamente por la antigua ronda del río San Francisco, en el sector en que esa ronda limitaba con los predios vecinos de propiedad de los opositores Joaquín Reyes y María de Jesús Sánchez quedó demostrado plenamente y por ministerio del derecho público, vigente en la nación, que la finca demandada como bien vacante ..... fue un inmueble de propiedad del Municipio de Bogotá por cuanto el Decreto Legislativo 1662 de 14 de noviembre de 1902, declaró que las rondas de los ríos San Francisco y San Agustín eran de propiedad del municipio de Bogotá."

Por sólo estas transcripciones se ve, como se dijo arriba, que el actor cambió durante el juicio la causa de la demanda y que a la postre lo que alega en síntesis es lo siguiente: que se trata de una zona de terreno, antigua ronda del río San Francisco, ocupada en parte por lo menos por los opositores, y que el bien denunciado como vacante es parte de esa zona.

La acusación por este aspecto no es pertinente porque la **litis contestatio** se trabó sobre otro extremo y por concepto distinto; mas aun cuando fuera, no prosperaría, por cuanto dado por establecido que los opositores hubieran ocupado la ronda del río, la acción pertinente para recuperarla no sería la de denuncia de bien vacante sino la reivindicatoria o, según el caso, la de deslinde, y no competiría ejercitarlas al actor sino al representante del Municipio de Bogotá. Y no se puede tampoco decir que el Municipio fue dueño de esa zona, de esa ronda y ya no lo es, por lo mismo que no ha habido ninguna controversia entre el Municipio y los ocupantes o poseedores de esa zona sobre el dominio de ella, finalizada por una decisión judicial que determinara ese extremo. Los bienes de uso público, y las rondas del río lo serían en este caso, son imprescriptibles, luego el concepto de abandono no puede darle a ninguno de esos bienes el carácter de propiedad particular, que es la susceptible de la denuncia como bien vacante, y esa es la diferencia entre denuncia de bienes vacantes y denuncia de bienes ocultos, de lo cual no se trata en este caso.

La otra parte del motivo que se estudia así como todo el primer motivo de casación, por cuanto en definitiva se reduce a una misma cuestión, deben considerarse conjuntamente.

Señala el recurrente como violados al respecto los artículos 706 del C. Civil por infracción directa; 82 de la Ley 153 de 1887, por no haberla aplicado al caso del pleito; 704, 980 y 762 del C. Civil y sostiene que el Tribunal incurrió en errores

de hecho y de derecho al estimar las pruebas.

La Corte considera:

La estimación conceptual del fallador sobre la naturaleza de los bienes vacantes, no es en definitiva sino la repetición de lo que al respecto establece el artículo 706 del C. Civil ilustrada con el comentario recto que de él se deriva, emanado de los comentadores y elevado a la categoría de doctrina por la Corte. No encuentra ésta, y tampoco existe el cargo al respecto, que el Tribunal hubiera errado en esa apreciación de derecho. El artículo 82 de la Ley 153 de 1887 no pudo haber sido infringido por el Tribunal por no aplicarlo al caso del pleito, desde luego que aquél estimó, estimación fundada como se verá luégo, que el bien denunciado por el actor como vacante no tiene el carácter de tál. De una manera directa tampoco violó el fallador la norma legal que acaba de mencionarse por cuanto no desconoció el principio contenido en esa disposición y que preceptúa que pertenecen a los municipios los bienes mostrencos o vacantes que se hallen dentro de sus límites.

La estimación probatoria, también del fallador de segunda instancia, no adolece de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba que hubiera hecho incidir al juzgador en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, lo que da lugar cuando esto es así, a la casación de la sentencia.

La proposición anterior tiene estos fundamentos: a) El actor determinó un lote o zona de terreno, que en su concepto es un bien vacante, pero no adujo ningún título de dominio sobre él; b) Los dos opositores, por su parte, con títulos de propiedad de los cuales consta una larga tradición, demostraron que el lote señalado como vacante hace parte de sus predios, lo cual se ve claramente en los autos; c) Los dos opositores demostraron, con testigos de excepción, como son los demás colindantes, que están en posesión, cada uno en lo que le corresponde, de la zona señalada como vacante; d) Aparece la intervención directa y oficial del Municipio de Bogotá de la cual resulta que éste ha estimado como de propiedad particular, perteneciente a los opositores, la zona denunciada, lo cual se comprobó con estos elementos: copia de los registros catastrales de fincas situadas en la manzana comprendida entre la calle 14 y la Avenida Jiménez de Quesada y las carreras 8a. y 9a., de los que aparecen que Joaquín Reyes y María Sánchez son los dueños de los inmuebles a que se refiere su oposición; copia de un plano de Bogotá relativo al río San Francisco entre carreras 8ª y 9ª y de la actuación de la señora María Sánchez para obtener, como obtuvo, la exención del valor de la canalización que le correspondía por su finca, que forma parte del inmueble objeto del pleito. Al respecto se expidió el Acuerdo número 29 por el Concejo Municipal. Copia de las actuaciones del señor Reyes y del acta de arreglo con el Municipio sobre pago del impuesto de valorización que le correspondía y por sobre todo el hecho del cerramiento de los dos predios de los opositores, respecto de lo cual observa la Corte que la fijación de los paramentos que dan a las vías públicas no la dan los particulares sino el Municipio, como atribución privativa de él.

Todos estos elementos probatorios llevaron al Tribunal a la conclusión negativa a las pretensiones del actor, confirmando la sentencia de primer grado, y a deducir que los opositores habían justificado su oposición, que es cosa muy distinta de una declaratoria de dominio de lo cual no se trata en el juicio de denuncia de vacantes y mostrencos al tenor del artículo 843 del C. Judicial.

Teniendo en cuenta la relación de los factores probatorios de que se ha hecho mérito, no se ve el error del Tribunal, de hecho o de derecho, en la apreciación de esas pruebas. El recurrente no lo determina de una manera concreta sino que se

limita a aseverar que la zona denunciada no está comprendida dentro de los predios de los opositores y que es parte de la antigua ronda del río San Francisco. Si por un lado la aseveración del recurrente no está demostrada en autos, sino desvirtuada, por el otro si se considera que lo que se reclama es una zona, ronda del río mencionado, que pertenece al Municipio, ya se dijo y se explicó por qué la acción pertinente no sería la ejercitada en este juicio sino otra distinta, que no compete a los particulares sino al mismo Municipio representado por su Personero Municipal.

El recurrente cree ver error de derecho en el Tribunal al dar primacía a las declaraciones con que los opositores demuestran su posesión sobre las presentadas por la parte demandante. Pero en esto párte de un error, que es el siguiente: No es el número de declarantes lo que da el valor probatorio única y exclusivamente a la prueba testimonial sino las condiciones y calidad de los testigos y de ahí el principio del artículo 702 del C. Judicial que da a los juzgadores la facultad de apreciación al respecto dentro de las normas de la crítica jurídica. Si pues el Tribunal se atuvo a las declaraciones aducidas por los opositores, si las confrontó con las presentadas por la parte contraria, si hizo la crítica al respecto, y si de esa crítica, basada en principios legales, dedujo su convicción, ésta es inatacable en casación y es en este sentido en el que se ha hablado de la soberanía de apreciación de los Tribunales, que no es por lo tanto, como algunos han sostenido, de carácter ilimitado.

Los cargos que se estudian no pueden por lo tanto prosperar.

En el tercer motivo se acusa la sentencia por el numeral 2o. del artículo 520 del C. Judicial y se funda así el cargo: "El Tribunal sentenciador, afirma: En la segunda instancia el demandante adujo unos testimonios con el fin de probar las deficiencias que notó el Juzgado, pero es lo cierto que los testigos al tenor del interrogatorio que se les formuló, se refieren al conocimiento que tienen de un lote distinto por su situación y linderos al que es objeto de la denuncia....." El recurrente dice lo que sigue respecto de lo anterior: "Todas las afirmaciones anteriores que el Tribunal sentenciador consagra en el fallo acusado, desde luego contrarias a la evidencia de los hechos acreditados en autos, han llevado al Tribunal a violar el artículo 471 del C. Judicial que establece que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes". En síntesis el recurrente sostiene que el Tribunal erró al sostener que el demandante cambió de objeto de su demanda.

Se considera:

La sentencia recurrida tiene el siguiente fundamento: Que no está acreditado el carácter de vacante del bien denunciado como tál, por cuanto ni se demostró que éste bien hubiera sido abandonado ni que apareciera sin dueño aparente o conocido a la fecha de la demanda o del denuncio. A esta conclusión llegó el Tribunal en vista de los elementos probatorios que corren en los autos, y en cuya estimación según se vio al estudiar el segundo motivo no incurrió el Tribunal en error de hecho ni de derecho.

Es cierto que el Tribunal expresó el concepto que ya se transcribió pero que ni es fundamental en el fallo ni la base esencial de él. Siendo esto así, aun suponiendo que el Tribunal hubiera errado en esa proposición, la sentencia no podría casarse, porque subsistiría el fundamento esencial. Mas tampoco puede decirse que el Tribunal haya incidido en error en la apreciación de las declaraciones, por cuanto dentro de todos los factores probatorios del proceso, el fallador se inclinó y tuvo en cuenta, y se ciñó estrictamente al bien determinado en la demanda, que no coincide exactamente con el señalado por los testigos en la segunda instancia.

En su parte final de este cargo el re-

currente manifiesta que fue una equivocación la del demandante al señalar como última poseedora a la señora María Sánchez de Chaw y que quiso referirse a la señora María Josefa Sánchez de Toro. Aceptado que el actor se hubiera equivocado a este respecto, lo cual pudo muy bien suceder, en nada modificaría esa equivocación el resultado del fallo, por cuanto se demostró que la zona señalada como vacante no tiene las condiciones legales que configuran ese concepto, pues entre otras circunstancias está demostrada la posesión de ella por parte de la señora Sánchez de Chaw, precisamente la señalada en el libelo.

El cargo que se estudia tampoco puede por lo tanto triunfar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas del recurso son a cargo del recurrente y a favor de los opositores por iguales partes.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE SIMULACION DE UNA VENTA CON PACTO DE RETROVENTA — ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE SIMULACION

La acción de simulación es esencialmente distinta de la de nulidad; en la primera se trata de la prevalencia de un contrato secreto sobre el pacto ostensible, o sea, la desaparición de un pacto aparente para que en su lugar surja el que efectiva y verdaderamente acordaron las partes. En la segunda se trata de la invalidación de un acto jurídico real en que por ciertas deficiencias legales o de fondo o de forma, no puede subsistir, y entonces al decretarse la nulidad las cosas vuelven al estado anterior como si antes no se hubiera contratado. La simulación aun decretada no afecta a los terceros por cuanto éstos deben atenerse al pacto ostensible, y no están ni pueden estar al cabo de los pactos secretos que al celebrar un contrato hayan convenido las partes. En materia probatoria, respecto de la simulación, la Corte ha hecho esta distinción: o se trata de la acción ejercitada por una de las partes o de la ejercitada por un tercero. En el primer caso, es necesario que el contratante que pactó simuladamente presente siquera un principio de prueba por escrito respecto de la existencia del pacto secreto o que obtenga sobre este particular la confesión del demandado contratante. En el segundo caso los terceros no tienen por qué presentar la comprobación de la existencia de ese pacto secreto, por lo mismo que ellos fueron ajenos al contrato y entonces pueden acudir a todos los medios probatorios adecuados para demostrar la simulación. Especialmente la prueba indiciaria es la más usada en esta acción.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Los antecedentes de este pleito son éstos:

1o. José Gabriel Reyes y Juana Rocha de Reyes vendieron con pacto de retroventa a Policarpo A. Sánchez por escritura pública 382 de 10 de marzo de 1933 de la Notaría 1a. de esta ciudad, y por la suma de seiscientos pesos ($ 600) el inmueble situado en esta ciudad en el barrio de Las Cruces en la cuadra cuarta de la carrera 3a. marcado en su puerta de entrada con el número 85 y deslindado como aparece en tal escritura. El plazo para el retracto fue el de un año contado desde la fecha del contrato.

2o. Ese plazo fue ampliado hasta el nueve de septiembre de 1935, según escritura pública 2,086 de 30 de noviembre de 1933 de la misma Notaría.

3o. Según aparece de la escritura 116 de 3 de marzo de 1937, corrida ante el Notario de Zipaquirá, Policarpo A. Sánchez vencido el término del retracto, transfirió a título de venta a Hermógenes Lora el inmueble que había comprado a los esposos Reyes Rocha.

Estos entablaron entre otras, la acción de simulación del contrato de compraventa a que se refiere la escritura 382 citada y demandaron a los expresados Sánchez y Lora, quienes se opusieron a las pretensiones de la parte actora al contestar la demanda.

El hecho fundamental básico, es que el contrato de venta con pacto de retroventa es simulado porque lo que se pactó entre

los contratantes fue en realidad un mutuo con interés en el convenio a que se refiere la escritura 382. "El contrato de compraventa con pacto de retroventa, dicen los demandantes, contenido en la escritura mencionada, es nulo o inexistente por ser simulado, lo que hubo en realidad fue un préstamo de seiscientos pesos con un interés de diez pesos mensuales....."

El Juez de primera instancia, 1o. Civil de este Circuito, desató la litis en sentencia de 15 de febrero de 1939 declarando que el contrato contenido en la escritura 382 es simulado y que el contrato real es el de mutuo por seiscientos pesos durante un año con interés de diez pesos mensuales. En consecuencia, resolvió que Policarpo Sánchez debe restaurar a los cónyuges José Gabriel Reyes y Juana Rocha de Reyes en el dominio y posesión de la finca a que se refiere la mencionada escritura 382 siempre que los demandantes le paguen los seiscientos pesos más los intereses correspondientes.

El demandado Lora fue absuelto.

Por apelación de la parte vencida el asunto subió al Tribunal y en fallo de 14 de marzo del año próximo pasado revocó la sentencia del inferior y absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Recurrió en casación la parte actora y hoy pasa a decidirse sobre la suerte del recurso.

La base de la sentencia recurrida es la siguiente: No existiendo prueba por escrito del acto oculto, ni confesión de Sánchez, ni un principio de prueba por escrito, la prueba indicial traída a los autos es ineficaz, por lo cual debe llegarse a la conclusión de que los actores no han probado su acción.

El recurrente, acogiéndose a la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, acusa la sentencia por violación directa de la ley y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que llevaron al Tribunal a la violación de los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 1,767 del C. Civil.

La Corte adelanta estos conceptos: La acción de simulación es esencialmente distinta de la de nulidad; en la primera se trata de la prevalencia de un contrato secreto sobre el pacto ostensible o sea la desaparición de un pacto aparente para que en su lugar surja el que efectiva y verdaderamente acordaron las partes. En la segunda se trata de la invalidación de un acto jurídico real en que por ciertas deficiencias legales o de fondo o de forma, no puede subsistir, y entonces al decretarse la nulidad las cosas vuelven al estado anterior como si antes no se hubiera contratado.

La simulación aun decretada no afecta a los terceros por cuanto éstos deben atenerse al pacto ostensible y no están ni pueden estar al cabo de los pactos secretos que al celebrar un contrato hayan convenido las partes.

En materia probatoria, respecto de la simulación la Corte ha hecho esta distinción: O se trata de la acción ejercitada por una de las partes o de la ejercitada por un tercero. En el primer caso, es necesario que el contratante que pactó simuladamente presente siquiera un principio de prueba por escrito respecto de la existencia del pacto secreto o que obtenga sobre este particular la confesión del demandado contratante. En el segundo caso, los terceros no tienen por qué presentar la comprobación de la existencia de ese pacto secreto, por lo mismo que ellos fueron ajenos al contrato y entonces pueden acudir a todos los medios probatorios adecuados para demostrar la simulación. Especialmente la prueba indiciaria es la más usada en esta acción.

En el caso de autos está establecido esto: El demandado ha sostenido a través de toda la litis que se trata de un contrato real, venta, con pacto de retroventa, que fue lo que se estipuló desde el principio. El demandante, antes de la litis, estimó sin duda que el pacto celebrado con Sánchez era real, venta con retracto, y por eso suscribió a favor de éste el documento de arrendamiento que corre al fo-

lio 9º del cuaderno 4o. y del cual consta que Reyes le toma a Sánchez la casa mencionada por el término de un año, por el precio mensual de diez pesos comprometiéndose a pagar los servicios de luz y agua y los impuestos. Este contrato que fue suscrito el primero de abril de 1933, se prorrogó hasta el diez de septiembre de 1935, y como el arrendatario no cumpliera con sus obligaciones, dio lugar al juicio de desahucio y lanzamiento, según consta de autos.

Resulta entonces que apenas celebrado el contrato de venta ambas partes lo interpretaron y ejecutaron como tál y no como contrato simulado que encubría otro de mutuo con interés. Contra esto la parte actora presentó varias pruebas para demostrar su intención, pruebas que el Tribunal estudió y que no consideró suficientes por faltar la prueba escrita del pacto secreto o la confesión del demandado. Esa estimación probatoria le merece al recurrente la crítica y de ahí su acusación por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

La Corte entra a referirse al valor legal de esas apreciaciones, considerando cada una de las pruebas aducidas, y a que se refiere la sentencia materia del recurso.

En las posiciones absueltas por Sánchez, fols. 27 a 39 vto. del cuaderno número 5, se encuentran esta pregunta y esta respuesta: "A la décima sexta del pliego, décima séptima del interrogatorio: "Diga el absolvente cómo es verdad o no, que estando el absolvente en la oficina del doctor Anzola Cáseres, manifestó en presencia del mencionado doctor su hijo el señor Raúl Sánchez y el señor Domingo Sarasty, manifestó que estaba listo a cancelar el crédito siempre que el señor Reyes le pagara todo y si es verdad que esta manifestación la hacía una vez que habían verificado la mencionada venta al señor Lora. Contestó: Es cierto que estuve dispuesto mientras no tuviera seguridad de que la escritura hecha a Lora se la hubieran registrado. Leída la aprobó".

El Tribunal sostiene en su sentencia que, según el cuadro de posiciones, Sánchez ha negado que el contrato que celebró con los esposos Reyes Rocha sea de mutuo con interés. El recurrente cree ver en la respuesta dada por Sánchez y que acaba de transcribirse, la confesión de éste sobre la realidad del contrato que celebró con los esposos mencionados, o sea, sostiene que de esa respuesta resulta establecida la naturaleza del pacto, mutuo con interés. Pero si se observa que en las diez y nueve preguntas restantes de las posiciones Sánchez niega que se hubiera tratado de un contrato de mutuo y si se tiene en cuenta que lo que Sánchez ha confesado es que estuvo dispuesto a la cancelación, mientras la escritura que hizo a Lora no se hubiera registrado; si se paran mientes en que el contrato de venta con retracto necesitaba para su cancelación la intervención precisa y directa de Sánchez, no puede deducirse rectamente que al emplearse en la pregunta la expresión "cancelar el crédito" y al contestarla Sánchez, éste le haya dado a esa frase el sentido de que se trataba de un mutuo con interés o mejor, no puede concluírse que el demandado haya confesado la existencia de un pacto oculto. Las confesiones y afirmaciones hechas por Sánchez en posiciones deben tomarse y apreciarse en conjunto, máxime si se tiene en cuenta que coinciden, y son hasta repetición de lo que ha afirmado a través del debate.

Siendo así las cosas, y teniendo en cuenta la libertad de apreciación del Tribunal, en materia probatoria, que aunque no es irrestricta ni soberana sí liga a la Corte, cuando en contra de aquélla no aparece error de hecho manifiesto o de derecho, se concluye que la apreciación del fallador sobre el alcance de la respuesta dada por Sánchez a la pregunta 16ª del pliego de posiciones no entrañando un error de derecho o de hecho evidente, no puede causar la infirmación del fallo que se revisa.

No existiendo, pues, ni el principio de prueba por escrito ni la confesión del demandado sobre simulación, y siendo ésta ejercitada por el demandante, es preciso concluír que los hechos aducidos como indicios, no son por sí eficaces en este caso para que la acción intentada pudiera prosperar, porque es preciso volver a repetir que no se trata de una acción de simulación intentada por terceros, que entonces sí la prueba indicial y toda otra clase de pruebas serviría para apoyar y hasta sacar avante, en su caso, las pretensiones de la parte actora, sino que se trata de la acción de simulación intentada por uno de los contratantes y entonces es precisa la demostración de la existencia del acto secreto, ya por lo menos con un principio de prueba por escrito o con la confesión del demandado.

La teoría anterior la imponen los artículos 1759 y 1766 del C. Civil.

Consideradas así las cosas no puede haber incurrido el Tribunal en error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas indiciales ni tampoco violación de los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887 y 1,767 del C. Civil, por cuanto, se repite, cuando se ejercita la acción de simulación por uno de los contratantes es necesaria la prueba escrita o el principio de prueba, por lo menos, del acto secreto, al menos que intervenga la confesión del demandado.

No se le oculta a la Corte que la venta con pacto de retroventa, figura jurídica de mucha importancia y que capacita al vendedor para readquirir lo vendido de acuerdo con los términos estipulados, se ha empleado de algún tiempo a esta parte como medio para fingir, ocultando un contrato de mutuo con interés, con grave perjuicio para el deudor o aparente vendedor y de ahí los litigios que al respecto se han presentado, iniciados todos por los deudores o aparentes vendedores que se consideran, y con razón, lessionados en sus derechos y consideran también lesionadas las nociones y principios de justicia y equidad. En varios de esos litigios ha podido abrirse paso la verdad y han triunfado las pretensiones de los demandantes, pero ha sido necesario para ello la presentación de un principio siquiera de prueba por escrito o la confesión del aparente comprador, que se ha producido algunas veces. Más estos elementos no han existido en este pleito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia recurrida. Las costas son a cargo del recurrente.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez— Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR UN SUPUESTO CONTRATO DE MANDATO — INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1. La facultad que el sentenciador tiene para interpretar una demanda tiene sus límites precisos que son los señalados por el demandante en su demanda, porque como ya lo ha dicho la Corte, no es indiferente la manera como el actor formula la *causa petendi*, o sea el hecho jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda. Si lo hace consistir en un pacto cierto pero indeterminado, toca al Juez clasificarlo y deducir los efectos legales, pero si el demandante no lo aduce genéricamente sino que individualiza de antemano ese título, tanto en el hecho como en el derecho, la facultad del juzgador queda reducida a la apreciación en hecho y en derecho del título específico de la demanda, tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser la *causa petendi* uno de los límites que se establecen en la litis-contestación. — 2. Cuando el demandante, de caso pensado, establece una demanda fundando sus aspiraciones judiciales en determinado contrato clasificado en la demanda, en alguna de las categorías que señala y estudia el Código Civil, no le es dado al juzgador cambiar esa causa de la obligación o interpretarla en un sentido distinto a lo literal de las palabras, porque diferentes son las prestaciones que se desprenden de cada contrato. Toda sentencia que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es sorpresiva, porque se ha dictado sobre materia que no ha sido discutida en las instancias del juicio, lo que equivale a condenar a una persona sin ser oída y vencida en juicio.

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

(Ponente: Magistrado doctor José Miguel Arango).

Germán Castillo demandó a la señora Herminia Gálvez v. de Rocha, para que se hicieran las siguientes declaraciones, las cuales se copian textualmente para la mejor inteligencia de los razonamientos que se harán en el discurso de esta sentencia:

"Primero. Que por espacio de catorce años presté servicios en calidad de mandatario a la señora Herminia Gálvez v. de Rocha, es decir desde el mes de diciembre de 1923 hasta el mes de diciembre de 1937.

"Segundo. Que durante todo el tiempo en que estuve prestando mis servicios en calidad de mandatario de la demandada hice gastos con dinero de mi propiedad y en beneficio de ella (la demandada) tales como construcción de cercas y obras de mejoramiento y conservación de un lote de terreno denominado "La Huerfanita", de propiedad de mi demandada, y que está situado en la carrera 16 entre calles 20 y 22 de esta ciudad de Bogotá.

"Tercero. Que por concepto de los servicios prestados durante el tiempo indicado en el punto primero de esta demanda, la señora Herminia Gálvez v. de Rocha, está obligada a pagarme seis días después de la ejecutoria de la sentencia la suma de tres mil trescientos sesenta pesos ($ 3.360) a razón de veinte pesos mensuales ($ 20), como valor de mis servi-

cios en calidad de mandatario o lo que por peritos se determine dentro del juicio.

"Cuarto. Que la señora Herminia Gálvez v. de Rocha debe pagarme seis días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de ciento cincuenta y seis pesos ($156) así: por valor de dos cercas construídas a mi costa en lo de "La Huerfanita" atrás mencionado, por la parte que linda con la calle 20, cada una por valor de cuarenta y ocho pesos ($ 48) o sean noventa y seis ($ 96); por valor de una cerca construída a mi costa en la parte que el citado lote linda con la calle 22, cincuenta pesos ($ 50), y los intereses de estas sumas a la rata legal.

"Quinto. Que la señora Herminia Gálvez v. de Rocha, debe pagarme por valor de gastos hechos por mí y a mi costa en el cuidado del lote "La Huerfanita", lo que por peritos se determine dentro del juicio.

"Sexto. Que mi demandada está obligada a pagarme seis días después de la ejecutoria de la sentencia, la suma de cien pesos ($100) como valor de una comisión de venta de un lote de terreno dentro del citado de "La Huerfanita"....

La acción la fundó en los hechos siguientes, que son los pertinentes para el punto que ha de dilucidarse, de acuerdo con los reparos hechos en casación:

"1—En el año de 1922 entré al lote de terreno denominado "La Huerfanita" en calidad de arrendatario del señor Vicente Cuestas, quien entregó el lote a la propietaria señora Herminia Gálvez v. de Rocha en el año de 1923 y ese mismo año más o menos en el mes de diciembre los señores Mario Rocha y Anita Rocha, en nombre y representación de la señora Gálvez v. de Rocha, negociaron conmigo para que en calidad de mandatario de mi demandada cuidara el citado lote de "La Huerfanita" conservándolo en buen estado, es decir cuidando de su limpieza, de que no se hicieran portillos en las cercas, etc., y en general lo de administración del lote.

"2—En el mismo año de 1923 y pocos días después hablé directamente con la señora Herminia Gálvez v. de Rocha, quien me manifestó que ratificaba el contrato que yo había hecho con sus hijos Mario y Anita y que por tanto me ordenaba que 'No me retirara del lote un momento pues mi obligación según el arreglo era cuidarlo y tenerlo en perfecto estado para cuando ella me lo pidiera', agregando que pensaba hacer muy pronto un viaje a Europa y que cuando regresara me arreglaría el valor de mi trabajo.

"3—La señora Gálvez v. de Rocha, hizo el viaje que me había anunciado, y regresó al país en el año de ...., y pocos días después de su llegada yo me acerqué con el fin de cobrarle mi trabajo, y ella me manifestó que después me lo pagaría y que esperara porque tenía más bien intención de darme un lote pequeño en la Urbanización que pensaba hacer en "La Huerfanita", a bajo precio, para que construyera así mi casa y me descontaría del valor del lote lo que me correspondía por mi trabajo.

"4—Confiado en el ofrecimiento que ella me hizo, esperé hasta el año de 1937, año en el cual se comenzaron a vender lotes dentro del de "La Huerfanita", para recordarle a la señora de Rocha el ofrecimiento que me había hecho y entonces ella me respondió que más bien me iba a escriturar un lote como retribución a mi trabajo. Esperé un poco de tiempo más y como nuevamente le cobrara, me respondió que no me debía nada y que no me escrituraba el lote porque nada me debía.

"5—En el desempeño de mi cargo hice arreglos en el lote con dinero de mi propiedad, tales como tapar portillos en las cercas, limpiarlo por lo menos una vez a la semana y en general los necesarios para la conservación de él en la forma como se me había ordenado por mi demandada, sin que ésta me reembolsara lo gastado.

"6—Dando cumplimiento al contrato celebrado con la señora Gálvez v. de Rocha, construí cuatro cercas en esta forma: en la parte que linda con la calle 20, dos cercas, en la parte que linda con la calle

22, una cerca y en la parte que linda con la carrera 16 una cerca, sin que se me reconociera más que el valor de la cerca de la carrera 16. Las cercas a las cuales hago mención las construí con dinero de mi propiedad.

"7—En el año de 1937, cuando se dividió en lotes pequeños al de "La Huerfanita", y yo estaba todavía al servicio de la señora demandada, ésta me dijo que le vendiera un lote, o le consiguiera cliente para él y que me reconocería una comisión de cien pesos. Al efecto, yo le conseguí cliente para el lote como lo probaré en el curso del juicio, sin que la señora me cubriera mis honorarios por la gestión".

Como fundamentos de derecho citó los artículos 737 y ss. del C. J. y 2142, 2143, 2149, 2158, 2160, 2184, 2188, del C. C.

El Juez de la instancia falló el pleito absolviendo al demandado de los cargos formulados por el demandante, y a éste de los que le hizo el demandado en su petición de reconvención, basándose principalmente en que el demandante no había comprobado el contrato de mandato que se dice celebrado con el demandado, que era el vínculo jurídico que liga a éste por las prestaciones hechas por el demandante en su calidad de mandatario.

Contra este proveído apeló la parte perdidosa para ante el Tribunal superior de Bogotá, entidad que revocó el fallo de primera instancia y condenó al demandado en los términos de la demanda.

Sentencia del Tribunal

El fallo del Tribunal estudió muniçiosamente el carácter y condiciones del contrato que ligara a la demandada con el demandante, y después de prolijo razonamiento, conceptúo que el vínculo jurídico que ataba al demandante con la demandada, no era el contrato de mandato, ni el de arrendamiento de servicios, ni el depósito, ni el secuestro, sino el contrato de trabajo que regula la ley 10 de 1934, y de acuerdo con las prescripciones de este estatuto, falló el pleito a favor del demandante, no sin haber hecho antes amplias consideraciones jurídicas para demostrar que a pesar de tratarse de un contrato de trabajo, el Tribunal sí tenía jurisdicción para conocer del asunto, por la vía ordinaria.

Recurso

El agraviado con el fallo anterior interpuso recurso de casación, que le fue concedido. Lo fundamentó, dentro del término legal, ante esta superioridad y lo fundó en varias causas así: 1o. No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones aducidas por el demandante, por cuanto el Tribunal no apreció el mandato, que fue el vínculo contractual alegado por el demandante, sino que falló el pleito como un contrato de trabajo, cambiando así la causa petendi de la demanda. 2o. Error de hecho en la apreciación de la demanda, porque allí se invocó como fundamento de ella un contrato de mandato, y el Tribunal conceptuó que no era mandato sino un contrato de trabajo. 3o. Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con las cuales pretendió el demandante comprobar la existencia del contrato de mandato, y como consecuencia de estos errores, violación de las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 1608, 1617, 2045, del C. C. y 12 de la ley 10 de 1934.

Estudio del recurso

Es de toda evidencia que el demandante consideró que la señora Gálvez v. de Rocha estaba ligada para con él por vínculos jurídicos emanados del contrato de mandato. Sobre esto no cabe la menor duda, no hay ambigüedad en la demanda, ni en ella se usaron términos equívocos que pudieran llevar a la mente del juzgador la duda acerca de qué contrato se trataba en el litigio.

Esto se demuestra leyendo las peticiones 1a., 2a. y 3a. de la demanda, en que

perentoriamente Castillo habla y asegura que fue **mandatario** de la demandada. Este carácter de **mandatario** con que intentó la demanda, lo reafirma en los hechos fundamentales de ella, como puede leerse en el 1o. y 2o., atrás transcritos. Y convence, hasta la evidencia, que la intención de Castillo fue demandar a la señora Gálvez v. de Rocha, en su calidad de **mandatario** de ésta, el alegato ante el Tribunal, del cual se transcribirán los pasajes pertinentes, en los cuales, después de la sentencia de primera instancia, en que el Juez rechazó las pretensiones del demandante, fundadas en un contrato de mandato, le hace a la sentencia de primer grado reparos por esa apreciación, y la refuta sosteniendo ahincadamente que él fue **mandatario** de la señora Gálvez de Rocha.

Dicen así esos pasajes:

"En el mes de julio del año de 1938 (habla el apoderado del demandante) el señor Germán Castillo demandó a la señora Herminia Gálvez v. de Rocha para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, la demandada fuera condenada a pagarle la suma de pesos valor de los servicios prestados por el demandante en calidad de **mandatario** de la demandada durante catorce años".

"En el año de 1922 o 1923, la señora Gálvez v. de Rocha formalizó un contrato de mandato con el demandante para que administrara y cuidara un lote de terreno denominado "La Huerfanita".

"Sostiene ese funcionario que el demandante no probó la calidad del mandato del contrato celebrado por cuanto según lo asegura, la administración implica para el administrador la facultad de servir, disponer, ordenar, manejar, regir, gobernar algo o cuidar de alguna cosa y que de las declaraciones y de la constancia escrita no se desprende que existiera una verdadera orden de administración".

"En cuanto al segundo argumento, el señor Juez tiene hasta cierto punto razón al decir que no se probó plenamente que el contrato fuera remunerado". (Se refiere al contrato de mandato como puede verse en la sentencia de primer grado a que se refiere el apoderado del demandante).

"En cuanto al tercer argumento, se cae por su base por cuanto que si es cierto que la ley trae como una de las obligaciones del mandatario la de rendir cuentas, no da a entender ni de texto legal se resprende que el mandatario tenga que presentar la rendición de cuentas aprobada, para hacer efectivos sus derechos".

En vista de lo anterior, de los términos precisos de la demanda, de los apartes del alegato transcritos, se llega a la conclusión de que Castillo demandó a la señora Gálvez v. de Rocha en su calidad de mandatario de ésta.

Prospera pues, la acusación por error de hecho evidente en la apreciación de la demanda.

No se arguya que el sentenciador tiene facultad omnímoda para apreciar la demanda, porque esta facultad, esa libertad, tienen sus límites precisos, cuales son los señalados por el demandante al interponer la demanda, porque como ya lo ha dicho esta superioridad, no es indiferente la manera como el actor formula la **causa petendi**, o sea el hecho jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda: SI lo hace consistir en un pacto cierto pero indeterminado, toca al Juez clasificarlo y deducir los efectos legales, pero si el demandante no lo aduce genéricamente sino que individualiza de antemano ese título, tanto en el hecho como en el derecho, la facultad del juzgador queda reducida a la apreciación en hecho y en derecho del título específico de la demanda, tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser la **causa petendi** uno de los límites que se establece en la litis contestación (T. XXVI, pág. 93).

Esta doctrina de la Corte se acoge en el presente fallo, por cuanto ya se ha demostrado que la intención del demandante fue recabar de la señora Gálvez v. de Rocha, determinadas prestaciones ema-

nadas de un contrato de mandato, y porque la facultad de interpretar la demanda sólo puede ejercitarse cuando ella es ambigüa o contradictoria, cosa que no sucede al presente. Así lo ha dicho la Corte en fallo de 15 de diciembre de 1937, que reza: "Al juzgador no le es dado interpretar la demanda cuando las peticiones de ésta son suficientemente claras y su sentido no es anfibológico u oscuro".

Cuando el demandante, de caso pensado, establece una demanda fundando sus aspiraciones judiciales en determinado contrato clasificado en la demanda, en alguna de las categorías que señala y estudia el Código Civil, no le es dado al juzgador cambiar esa causa de la obligación o interpretarla en un sentido distinto a lo literal de las palabras, porque diferentes son las prestaciones que se desprenden de cada contrato. No es lo mismo obligarse por comodato que por mutuo, por venta que por donación, por mandato que por agencia oficiosa, por contrato de trabajo, reglamentado por la ley 10 de 1934, que por arrendamiento de servicios. Cada contrato tiene prestaciones distintas, modalidades específicas y obligaciones diferentes para las partes, y tanto es el interés que tiene la clasificación de los contratos, que la ley civil cuidadosamente los cataloga, los estudia y les señala cosas que son de su esencia y cosas que son de su naturaleza. Este estudio discriminado de cada uno de los contratos está indicando que es fundamental entre las partes, saber qué clase de contrato celebran, para de ahí deducir sus mutuas obligaciones, porque si no fuera así, le bastaría al legislador con definir el contrato generalmente, sin hacer separación de clases, y al fallador encontrar demostrada la existencia de un contrato en general, para obligar a las partes a las prestaciones mutuas sin tener en consideración, para el fallo, la clase o el carácter del contrato pactado, procedimiento éste que borraría todas las disposiciones del Código Civil y del Justicial, y traería la anarquía y el desorden en la administración de justicia.

Verdad es que no es estricta justicia que el fallador tenga que estar atado indefectiblemente a la calificación que el demandante dé al contrato en que funda su demanda, pero igualmente es verdad que el demandado no tiene por qué sufrir las consecuencias de la impericia, descuido o negligencia o justo error del demandante al demandar por un título que no llena las condiciones de la ley civil para eregirse en el contrato que alega el demandante, y más cuando el derecho del demandante no se pierde o desaparece, porque le queda el camino de demandar por un título distinto al que invocó en el juicio que le fue adverso, tanto más cuanto el demandante, libremente, fija el campo de la litis judicial, lo deslinda y circunscribe, y dentro de esa órbita procedimental, a donde ha sido citado el demandado, se desarrolla la controversia y ahí debe defenderse el demandado. Y esto es así, si se para la atención, en que, por regla general, quien comparece a estrados lo hace por medio de apoderado y éste, conforme a la ley que reglamenta la profesión de abogado, ha de ser una persona agilitada para comparecer en juicio, y se supone que usa de los términos jurídicos en el sentido y acepción que la ley les reconoce.

Todo proveído que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es un proveído sorpresivo, porque, si como en el presente caso, se demanda por mandato y se cita a juicio al demandado para que se defienda dentro del campo específico del mandato, la decisión que lo condene por contrato de trabajo, como sucede al respecto, es un fallo insguardado e inusitado, dictado sobre materia que no ha sido discutida en las instancias del juicio, lo que equivale a condenar a una persona sin ser oída ni vencida en juicio, porque se le llamó a responder por mandato y no por contrato de trabajo.

Esta decisión forastera puede no tener, en primera instancia graves proyecciones porque el demandado tiene campo en la segunda instancia para combatir las apre-

ciaciones del Juez, pero el fallo de segundo grado, es de suyo irreparable para el demandado, puesto que no le queda contra él, si fuere el caso, sino el recurso de casación, y éste no podría comprobar hecho que pudieran desvirtuar la calificación del contrato en que se basó el Juez de segundo grado, para condenar. La defensa del recurrente tendría que limitarse a alegaciones de puro derecho, cercenándosele así una garantía importantísima para la defensa, cual es la de presentar pruebas.

Por las consideraciones relacionadas atrás se ve que prospera la causal de casación invocada por el recurrente, a saber: error de hecho evidente en la apreciación de la demanda, y como consecuencia de ese error, violación de las disposiciones que atrás se citaron.

Habrá pues que casar la sentencia, y la Corte como tribunal de instancia al fallar sobre el fondo del pleito, considera que el contrato celebrado entre el señor Castillo y la señora Gálvez v. de Rocha no es de mandato, porque carece del elemento esencial de éste, que es el de encargar a una persona o confiarle la gestión de uno o más negocios de que se hace cargo por cuenta y riesgo de la primera, puesto que Castillo no gestionó o celebró negocio alguno por cuenta y riesgo de la demandada, su gestión, si la hubo, se limitó a cuidar el lote para impedir que fuera convertido en bien de uso público o del cual pudiera usar cualquier persona, y en desarrollo de esa misión no gestionó negocio alguno ni lo llevó a término por cuenta de la demandada, ni le representó judicial, ni extrajudicialmente. Fue una simple recomendación la que le hizo la señora Gálvez v. de Rocha. Falta pues el requisito esencial de que ejecute el negocio por cuenta y riesgo del mandante, requisito indispensable para la existencia del contrato de mandato, como lo ha decidido la Corte en repetidos fallos en donde se lee: "La expresión 'por cuenta y riesgo' tiene gran significación, no basta que una persona se obligue a hacer una cosa para otra, porque esta obligación se encuentra en todos los contratos que tiene por objeto un hecho; es necesario que el que se haga cargo de los negocios los haga por cuenta y riesgo del que se los confía o en su nombre". (Casación de 5 de agosto de 1936, T. 44 Nos. 1914 y 1915).

En mérito de las consideraciones apuntadas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

I—Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha diez de mayo de mil novecientos cuarenta.

II—Confírmase la sentencia proferida por el señor juez del Circuito de fecha diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y nueve.

III—No se hace condenación en costas en el recurso.

IV—Queda a salvo el derecho que pueda tener el demandante emanado de otro contrato distinto del de mandato, que fue invocado en la demanda que dio nacimiena este litigio.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca—Pedro León Rincon, Secretario.

ACCIONES EJERCITADAS DE REIVINDICACION Y DE PERJUICIOS. — ACCION DE RECOBRO.

Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó, dentro de las circunstancias previstas en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, no ha perdido la posesión de la cosa, su acción no es ya de dominio, puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y por lo mismo del edificio a que éste accedió. Su acción es simplemente de recobro para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o siquiera simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírsela, en lo principal y lo accesorio, después que se le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho de retener no han conferido al edificador la posesión del terreno. En las dos situaciones contempladas, habiéndose edificado a ciencia y paciencia del poseedor, su tácito consentimiento le creó una obligación indiscutiblemente justa: sufragar el valor del edificio.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Arsenia Piedrahita v. de Jaramillo, por medio de libelo fechado el 31 de mayo de 1937 demandó por la vía ordinaria al señor Aristóbulo García, suplicando se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª—Que es propiedad de la demandante la finca rural denominada "El Lembo", jurisdicción del Municipio de Santa Rosa de Cabal, con todas sus anexidades. 2ª—Que el demandado está en la obligación de restituir o entregar el predio referido con todas sus anexidades. 3ª—Que el demandado debe pagar a la actora la cantidad de tres mil pesos moneda legal, y en subsidio, la que se fije en el curso del juicio, como valor de los productos de la mencionada propiedad en el tiempo que García la ha tenido en su poder. 4ª—Que el demandado debe pagar a la actora el valor de los perjuicios que le ha causado por la destrucción de la casa de balcón de dos pisos que existía en la finca, perjuicio que estima en la cantidad de mil quinientos pesos; y subsidiariamente, lo que fijen los peritos; y 5ª—Que el demandado debe pagar las costas del proceso.

El demandado descorrió el traslado aceptando algunos hechos y negando otros. Propuso como excepciones perentorias las de "error de acción", "inexistencia de la obligación que se demanda" y "petición antes de tiempo y de modo indebido". En la misma fecha propuso demanda de reconvención contra la actora, suplicando a su vez estas declaraciones: a) que la demandada está en la obligación, para recuperar la finca, de pagarle las mejoras de cafetales, plataneras y demás plantaciones puestas por él y que estima en seis mil pesos; b) que la actora Piedrahita está en la obligación de pagarle los gastos que hizo en la construcción de la nueva casa levantada en la finca; c) que la actora Piedrahita no tiene derecho a hacerle desocupar la finca ni a lanzarlo de ella, sin pagarle las mejoras que ha puesto, y que tiene derecho para retenerla hasta que tal pago se haga o se garantice, según la ley; d) que la actora sea condenada a costas si sostiene este pleito temerariamente.

Por su parte el apoderado de la demandante, al darse por notificado de la demanda de reconvención, negó todos los

hechos y se opuso a cada una de las peticiones. Y en escrito posterior corrigió la demanda principal "para que previa citación y audiencia de Aristóbulo y Conrado García se hicieran las declaraciones de los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la demanda principal", y además cuatro nuevas peticiones que vienen formuladas en ese nuevo libelo. Originó la corrección de la demanda el hecho de que Aristóbulo García, al contestar el primitivo libelo, manifestó que las mejoras permanentes que había plantado en la finca de "El Lembo" pertenecían a Conrado García V., por cuya cuenta las venía administrando.

Tramitada la primera instancia, el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal le puso término en sentencia de 17 de febrero de 1938, en la cual declaró que es de propiedad de la demandante Piedrahita la finca rural de "El Lembo"; que los demandados Aristóbulo y Conrado García están en la obligación de entregar o restituir a la actora la finca aludida, tres días después de ejecutoriada esa providencia; que dicha entrega está condicionada al pago de las mejoras que la actora debe verificar a favor de los opositores y que se discriminan así: valor de la reconstrucción de la casa $ 150.00; valor de las mejoras de ramada, trapiche y hornos para el laboreo de la caña: $ 500.00; valor de las plantaciones de café y caña: $ 1.200,00, con un total de $ 1,850,00; que Aristóbulo García o quien represente sus derechos debe pagar a la actora el valor de los frutos líquidos producidos por la finca desde el 24 de junio de 1937 hasta que se verifique la entrega; y que no es procedente hacer las otras declaraciones solicitadas, ni la condenación en costas.

La sentencia acusada

Los apoderados de ambas partes se alzaron contra la providencia anterior para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Esta Superioridad le puso fin a la segunda instancia en sentencia fechada el 9 de marzo de 1940, cuya parte resolutiva es de este tenor: "1º No se hace la declaratoria a que se refiere el numeral primero del libelo de demanda, por sustracción de materia; 2º Se confirma la sentencia recurrida en sus numerales segundo y quinto de la parte resolutiva; 3o. Se reforma el numeral tercero de la misma resolutiva, en el sentido de que la demandante debe pagar a los demandados, como monto del valor de las mejoras consistentes en la mejora de la casa, plantación de dos hectáreas de cañadulzal viejo (cepas); la plantación de los cafetales existentes desde cinco años antes de la contestación de la demanda y el valor actual del trapiche "Chatanoga", una ramada de guadua y paja, un horno y cinco fondos si existen en el predio. Estas mejoras serán pagadas previo avalúo pericial en procedimiento aparte; mientras se pagan o se aseguren, puede ser retenido el predio; 4o. Se reforma el numeral cuarto de la misma sentencia, en el sentido de que Aristóbulo y Conrado García, o quien represente sus derechos, pagarán a la demandante, o a quien represente sus derechos en la finca de "El Lembo", delimitada en la parte motiva, el valor de los frutos producidos por los cafetales, cañadulzales, potreros, desde el 24 de junio de 1937 hasta el día en que se verifique la entrega de la mencionada finca. El valor de estos frutos se determinará por avalúo de peritos, en procedimiento aparte, teniendo en cuenta el abono que debe hacerse de los gastos ordinarios que se invirtieron para producirlos (artículo 964 del C. C.); 5o. Sin costas por razón de la reforma y porque ambas partes apelaron".

Sirven de fundamento a la sentencia del Tribunal los contenidos en los siguientes apartes de dicha providencia, que por ese motivo se transcriben:

"Están de acuerdo las partes en cuanto a que la señora Piedrahíta v. de Jaramillo, por razón de su reclusión en un lugar de castigo, permitió y toleró la tenen-

cia del inmueble que pretende reivindicar en poder de su yerno Aristóbulo García. En el libelo de demanda se habla de un contrato de administración celebrado entre las partes, por cuenta y orden de la demandante; pero es lo cierto que a lo largo de este expediente no aparece constancia de que se hubiera verificado dicho contrato conforme a la afirmación que se estudia, y mucho menos en forma legal; apenas si se desprende del proceso que Aristóbulo García, durante un lapso mayor de cinco años, trabajó la finca en litis, por su propia cuenta, como simple tenedor, a ciencia y paciencia de su legítima dueña, que tenía el conocimiento y daba el consentimiento. La situación de la Piedrahíta, según se infiere de los autos, la obligó a dejar en manos de su hijo político el inmueble a que ya se aludió, con el objeto de que cuidara de él, viviera de él y le participara de sus frutos. La situación de hecho que denuncian los autos, interpretados en su verdadero alcance, dejan lugar a la hipótesis anterior, que se aproxima mejor a la verdad de la ocurrencia. No hay demostración de la existencia de un contrato de administración, y así vale aceptar que Aristóbulo García ocupó la propiedad, como familiar de la demandante, para cuidar de ella, mejorarla, y como era justo, participarle de sus productos".

"Una situación de hecho y una franca confusión de términos jurídicos resaltan de la demanda, las contestaciones y la diligencia de absolución de posiciones, frente a lo que malamente contiene el expediente, como se verá adelante. En primer término corresponde a la Sala falladora proceder a la interpretación de la demanda y a las afirmaciones contra-dichas del demandado que relata en su respuesta unos hechos, para modificarlos después sosteniendo razones contrapuestas para cada una de las causas que dieron lugar al juicio".

"Sugirió la parte demandante que en la ocupación de la finca "El Lembo" existió un mandato, pero, se repite, que como esta sugerencia no está demostrada, debe aceptarse que Aristóbulo García llegó allí por la liberalidad de su suegra Arsenia Piedrahíta, que lo autorizó, o le entregó la finca aludida sin especificar las obligaciones que contraía, ya que estaba impedida para administrarla y quería evitar su abandono. La parte demandante situó la litis en el campo de la acción reivindicatoria por la carencia del contrato de administración, comisión, etc., por cuenta de la actora. Debe observarse que durante la tenencia, según el expediente, no hay constancia de que la demandante le suministrara dineros, herramientas, semillas, animales, ni otros elementos destinados al sostenimiento y mejoramiento de la propiedad, lo cual lleva a la conclusión de que a García no se le puede considerar ni como administrador, ni siquiera como arrendatario, por lo cual el presente negocio no puede decidirse como si su naturaleza lo caracterizara como que en él existen el arrendamiento o el mandato".

"Aceptado que la norma jurídica que corresponde al caso de estudio está consignada en el artículo 739 del C. C., teniendo en cuenta que la actora ha demostrado ser la poseedora inscrita, no corresponde, como lo ha resuelto la Honorable Corte Suprema de Justicia, averiguar "cómo ha sido la fe del constructor", en este caso el tenedor. Si ese tenedor resulta de acuerdo con el dueño, y no se opone a la entrega del bien cuestionado, el litigio queda liquidado por su faz principal, por lo cual sólo basta aceptar que aquí no se trata de una declaratoria de propiedad, sino de la simple restitución de una cosa cuya posesión legal no se ha perdido, y por consiguiente no es el caso de la acción de dominio, sino de la de recobro, cuyas características están plenamente establecidas en autos, por las modalidades que ofrece el expediente en cada una de sus piezas y que ofrece el mismo sentido de la litis. De modo que se está en el caso de avanzar al fondo de la cuestión en que las partes dis-

crepan, aceptando de una vez que la disposición aplicable, o que rige para el caso, no es otra que el artículo 739 ya mencionado del C. C.". Hasta aquí el Tribunal.

El recurso

Contra la anterior sentencia recurre en casación el apoderado de la parte demandada, aceptando la tesis general y la forma como el Tribunal definió la cuestión, por ser la más conforme, a su juicio, con la realidad del proceso y con los hechos en éste demostrados. Sobre esa cuestión básica, de esta manera extracta su pensamiento el recurrente:

"Hay un extremo que hoy es intocable en casación, pues no seré yo quien contra tal apreciación y situación del debate arremetiera. Es la manera como el Tribunal planteó la situación jurídica de las partes al considerar a Aristóbulo García como el plantador en tierra ajena con consentimiento de su dueño y al aplicar para la solución del debate el numeral segundo del artículo 739 del C. C. Es cierto que la aplicación del principio de este artículo no fue aplicado en todo su alcance, pero bastante es tener ya una base fija para la discusión".

Pero una vez que no se disiente en lo fundamental del fallo del Tribunal, lo acusa sin embargo por el motivo primero del artículo 520 del C. J., en lo relativo a la condenación al pago de los frutos que se impuso a la parte demandada. Así pueden extractarse los cargos formulados:

PRIMERO. — Violación directa del inciso segundo del artículo 739 del C. C. y aplicación indebida del inciso primero.

Consiste esta violación en que el Tribunal condenó a los demandados al pago de los frutos desde la contestación de la demanda hasta el día de la entrega del fundo. El artículo 739 contempla dos casos muy distintos: a) si se edifica o planta sin conocimiento del dueño; b) si esto se hace con su consentimiento. En el primer caso, para que el dueño del terreno pueda recobrarlo tiene qué someterse a las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o de mala fe en el título de la reivindicación. En el segundo caso, para recobrar el suelo le es suficiente pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

En el caso del inciso primero del artículo 739 hay que entrar a estudiar la buena o mala fe con que se haya introducido a un predio ajeno el plantador, pues como su introducción al terreno fue realizada con ignorancia del dueño, precisa determinar si quien ocupó lo hizo por creer que estaba abandonado o si entró con plena conciencia de que iba a ocupar terreno ajeno. Más en el inciso segundo de tal precepto, la buena fe acompaña al ocupante y su consentimiento expreso o tácito ampara al plantador o edificador.

A juicio del recurrente, el Tribunal vino a incidir en error al aplicar el artículo 739 en relación con las prestaciones mutuas, olvidándose de que había situado el problema en el caso del inciso segungo del tal artículo, esto es, que sólo se trataba de una acción de recobro.

SEGUNDO. — Es una verdad inconcusa que cuando García entró a la finca la encontró "en estado absolutamente improductivo, porque sus potreros y mangas estaban cubiertos de malezas, rastrojos, zarzales, charrascales inaccesibles para el ganado, ostentando costo muy grande para volver a convertirla en dehesas, y más propias para la siembra de sementera de café, plátano, caña de azúcar y otras".

Y a pesar de esta verdad el Tribunal, cometiendo un verdadero error de hecho, aplica, en cuanto a prestaciones mutuas, el inciso primero del artículo 739 del C. C., condenando a los reos a pagar el valor de los frutos producidos por los cafetales, cañadulzales y potreros en el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia. Por ese motivo acusa el numeral cuarto del fallo del Tribunal, por

haber aplicado indebidamente el inciso primero del citado precepto, sin ser el caso, lo mismo que por aplicación indebida del 964, ibídem. Estima el recurrente que en tratándose de la simple acción de recobro, y sin que exista oposición por parte del demandado, no cabe la condenación al pago por el disfrute de la cosa.

TERCERO.—Lo propone en forma subsidiaria, y acusa la sentencia como consecuencia del error que sufrió el Tribunal al no sacar de las pruebas del proceso la consecuencia lógica que era del caso, en relación con la condenación sobre frutos de que trata el numeral cuarto de la sentencia. Concluye que tales razones son suficientes para que al fallar la Corte en instancia, desaparezca de la sentencia la obligación impuesta a los demandados en el numeral cuarto, lo mismo que para modificar el numeral segundo de la sentencia del Juzgado, que ordena la entrega del predio sin que se hayan pagado todas las mejoras hechas por García.

Estudio de los cargos

Coincide la Corte en la apreciación del Tribunal, de que en el caso de autos las partes han incurrido en una manifiesta confusión en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica y características esenciales del fenómeno ocurrido entre la actora y el demandado Aristóbulo García, respecto de la finca de "El Lembo".

Al efecto, la actora en su libelo y al proponer los hechos fundamentales comienza por decir que García administraba la finca hacía cinco años; luégo agrega en el hecho subsiguiente que el demandado ocupó la propiedad; y a continuación solicita que se le notifique que le quedaba revocado el mandato que le estaba conferido.

A su vez, el opositor manifiesta en las posiciones absueltas el 24 de mayo de 1937 que es cierto que administra por cuenta de Arsenia Piedrahíta la finca que es materia de este litigio; luégo, al contestar la pregunta décima-tercera, declara que no convino con la Piedrahíta previamente la remuneración para su trabajo de administración; más tarde, al oponer una excepción, la funda en que "no existe entre nosotros contrato de administración ni de arrendamiento, soy poseedor de buena fe, como lo comprobaré"; para terminar haciendo, al contestar el hecho tercero de la demanda, esta declaración: "yo planté sementeras en un terreno de la demandante, **con facultad que ella me concedió libremente** y hace más de cinco años que he venido trabajando y poseyendo tranquilamente..... a ciencia y paciencia de la demandante".

No puede ser más notoria la contradicción de ambas partes respecto a esta materia. Ello obedece, posiblemente, a que ambas ignoraron la verdadera calidad y extensión del acto jurídico. De ahí que, ante todo, debe la Corte proceder a definir tan importante cuestión, ya que esto habrá de tener gran repercusión e influencia en el estudio de las conclusiones adoptadas por el Tribunal en su sentencia y en la decisión de los cargos formulados en casación.

Viene comprobado en autos con la propia confesión de las partes que la actora Piedrahíta fue condenada a pena aflictiva contra la libertad, que debía purgar en un lugar de castigo de Medellín, y que el demandado Aristóbulo García era su hijo político o yerno.

También viene acreditado con numerosos testimonios que García llegó a trabajar en la finca de "El Lembo" con la autorización, conocimiento y aprobación de doña Arsenia; que por tratarse de un bien de su madre política emprendió en la finca importantes obras de mejoramiento, tales como limpia de potreros, siembras de plátanos, cafetos y caña de azúcar, reconstruyendo igualmente la antigua casa de habitación, que amenazaba ruina. De esa prueba testimonial se desprende también que cuando entró a ocupar la finca la halló en estado de comple-

to abandono e incapaz de rendir la debida producción económica.

Dedúcese de estos antecedentes y de las propias manifestaciones de ambas partes que el Tribunal estuvo en lo cierto y no incurrió en error al aceptar que el demandado García ocupó la finca por voluntad de su dueño; que con su consentimiento la mejoró, poniendo plantaciones de café, caña, yuca, etc., y reedificando la antigua casa que estaba en estado ruinoso. De manera que no se está en presencia de un contrato de arrendamiento, ni de administración, ni menos de mandato, sino de la ocupación de una finca ajena por otra persona, con el simple carácter de ocupante, tenedor o retenedor de ella, a ciencia y paciencia del propietario.

Conviene advertir que en el caso de autos el demandado reconoció desde un principio a la actora como dueña de la finca de "El Lembo", alegando únicamente que había puesto mejoras importantes en esa propiedad y que no podía ser privado de su tenencia sino cuando fuera debidamente indemnizado. Alegaba, en síntesis, su condición de propietario de tales mejoras e impetraba el ejercicio del derecho de retención que le otorga nuestro derecho positivo.

Si esto es así, y si en esa virtud la actora es poseedora o presunta propietaria del inmueble, y si es igualmente presumible que la edificación y las plantaciones fueron realizadas a ciencia y paciencia de la propietaria, es del caso deducir varias consecuencias, a saber: a) La acción pertinente no es la reivindicatoria, sino la de simple recobro, que hoy aceptan los modernos tratadistas y que viene consagrada por nuestro Código Civil, como se verá más adelante. b) A la actora no hay por qué exigirle título de propiedad sino posesión presuntiva de dominio. c) No se ha procedido contra un poseedor sino contra un mero tenedor o retenedor. d) No debió pedirse la declaración de propiedad, sino la restitución. e) El dueño del suelo no adquiere el dominio del edificio y de las otras mejoras por el pago de su valor, ni por un fallo condenatorio, sino desde que la accesión se operó en su beneficio, de pleno derecho. El fenómeno de la accesión se realiza en este caso por ministerio de la ley; pero el dueño del suelo tiene que pagar el justo valor de las mejoras allí puestas o garantizar satisfactoriamente ese pago. Así previene la ley un enriquecimiento sin causa.

De manera que el Tribunal hizo bien al no hacer la declaratoria de propiedad a favor de la actora, por sustracción de materia. Obró ajustado a derecho al estimar que se estaba contemplando un caso de accesión de cosas muebles a un inmueble y que la norma jurídica aplicable al negocio **sub-judice** es el artículo 739 del C. C., en su inciso 2o., que dice: "Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado para recobrarlo a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

De lo expuesto fluye la conclusión de que es jurídica e inobjetable la resolución del Tribunal al condenar a la actora a pagar el valor de la edificación y de las mejoras puestas por el demandado, reconociéndole a éste el derecho de retención hasta tanto que se cumpla o se asegure debidamente esa prestación. Así lo resolvió la Corte en caso parecido cuando en sentencia de 13 de marzo de 1937 dijo:

"Pero cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó, dentro de las circunstancias previstas en el citado inciso segundo, no ha perdido la posesión de esa cosa, como es el caso de autos, su acción no es ya de dominio puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y por lo mismo del edificio que a éste accedió. Su acción es simplemente de recobro, para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o siquiera simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírsela, en lo principal y lo accesorio, después que se

le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho de retener no han conferido al edificador la posesión del terreno. En las dos situaciones contempladas, habiéndose edificado a ciencia y paciencia del poseedor, su tácito consentimiento le creó una obligación indiscutiblemente justa: sufragar el valor del edificio". (G. J., Tomo XLIV, Nos. 1920 y 1921, página 714).

Ninguno de los anteriores extremos viene acusado en casación, pero convenía pronunciarse sobre ellos. Hace consistir el recurrente los tres cargos formulados en el recurso en que el Tribunal no debió condenar a la parte demandada a pagar los frutos producidos por la finca, desde la contestación de la demanda hasta el día en que se verifique la entrega de la mencionada finca. Estima violados, por varios conceptos, el inciso 2o. del artículo 739 del C. C. que regula la materia del litigio, y aplicado indebidamente el inciso primero de esa misma norma.

El único aparte de la sentencia que por las razones apuntadas está acusado en casación es de este tenor: "4o. Se reforma el numeral 4o. de la misma sentencia, en el sentido de que Aristóbulo y Conrado García, o quien represente sus derechos, pagarán a la demandante o a quien represente sus derechos en la finca de "El Lembo", delimitada en la parte motiva, el valor de los frutos producidos por los cafetales, cañadulzales, potreros, desde el 24 de junio de 1937 hasta el día en que se fique la entrega de la mencionada finca. El valor de estos frutos se determinará por avalúo de peritos, en procedimiento aparte, teniendo en cuenta el abono que debe hacerse de los gastos ordinarios que se invirtieron para producirlos (artículo 964 del C. C.)"

Es fundado este cargo parcial que se le hace al fallo, porque es indudable que el Tribunal aplicó al pleito el inciso 1o. del artículo 739 del C. C. que reglamenta el caso de accesión en que una persona edifica o planta sin conocimiento ni consentimiento del dueño del terreno, cuando la proposición jurídica aplicable a este litigio es la contenida en el inciso 2o. de ese artículo, que reconoce al dueño el derecho de hacer suyas las mejoras mediante el pago de su justo valor, sin imponerle en tal caso al tenedor y propietario de las mejoras la obligación de reconocer y pagar el valor de los frutos percibidos. Esto último — el no pago de los frutos — tiene su cabal aplicación en cuanto a los frutos producidos por las mejoras o plantaciones puestas por la parte demandada, debido a que tales frutos provienen de su exclusivo esfuerzo y a que el ocupante del suelo está en el derecho de retenerlo hasta que se le pague la cuota que le corresponde en su valor. Para ese caso no debe tener operancia el capítulo respectivo del Código Civil sobre prestaciones mutuas.

Pero como la finca ocupada por García tenía potreros de pasto y siembras antiguas de caña de azúcar, según aparece demostrado en el proceso, conviene hacer la distinción de que respecto del producto de tales plantaciones de propiedad de la actora, y de su rendimiento normal, sí debe reconocer y pagar los frutos el ocupante demandado, por ser éstos de la exclusiva pertenencia de la actora; pero previa deducción y abono de los gastos que se hicieron para producirlos (artículo 964 del C. C.)

Esta misma doctrina consagró ya la Corte en la sentencia de casación de 13 de marzo de 1937, que antes se citó, en el siguiente párrafo:

"Considérase a la señora como tenedora de buena fe del suelo objeto del recobro. Con ese carácter pagará los frutos, en la medida que le corresponda, según el capítulo del Código Civil sobre prestaciones mutuas. Pero con la advertencia de que en cuanto a las nuevas piezas, como mejoras útiles que son, no se aplicará el artículo 966 del Código, como lo dice el fallo de primera instancia, sino el

739, en su inciso 2o. No pagará frutos por goce del edificio debido a que la ocupante estaba y está en el derecho de retenerlo hasta que se le pague la cuota que le corresponde en su valor, ya que por su parte la Orden ha gozado de ese valor aún no pagado por ella. En los linderos del suelo y del edificio que han de ser restituídos, se acoge el cambio hecho en la inspección ocular y se rectifica un error de fecha en que se incurrió allí al consignarlos". (G. J., T. XLIV, página 716).

Resulta de lo dicho que sí es fundado el cargo formulado en la demanda de casación y que tiende a atacar la condena que se hizo al demandado sobre pago de frutos producidos por las mejoras que puso en la finca de propiedad de la actora. Es indudable que se aplicó indebidamente el inciso primero del artículo 739 del C. C., dejándose de aplicar a su vez el inciso 2o. de tal precepto, que viene a ser el que define el caso de accesión que se dilucida en este proceso. Por esa circunstancia, es de rigor infirmar parcialmente el fallo acusado, para el solo efecto de reformar el punto 4o. de la resolución condenatoria y limitar la condenación al pago de los frutos producidos por las plantaciones antiguas de pastos y caña de azúcar, de propiedad de la actora, desde la fecha de la contestación de la demanda, dándole así la debida aplicación por analogía al artículo 964 del C. C., que reglamenta las prestaciones mutuas respecto de los poseedores de buena fe: lo contrario sería consagrar un enriquecimiento sin causa.

Respecto de la petición que hace el recurrente para que se modifique el numeral 2o. de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, que vino a ser confirmado en el fallo que se revisa, estima la Corte que no es el caso de acceder a lo pedido, porque en el numeral 3º de la parte resolutiva del proveído acusado se dispuso expresamente que mientras la actora no pagara el valor de las mejoras allí especificadas podría ser retenido el fundo por los demandados. En forma tal que ya está decidida esa cuestión relativa al derecho de retención a favor de la parte recurrente y no es menester hacer rectificación alguna a la sentencia del Juzgado, para alcanzar ese mismo resultado.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el nueve de marzo de mil novecientos cuarenta, con el exclusivo objeto de reformar el punto cuarto, que quedará así:

CUARTO. — Se reforma el numeral cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de que Aristóbulo y Conrado García, o quien represente sus derechos, pagarán a la actora Arsenia Piedrahíta v. de Jaramillo, o a quien represente sus derechos en la finca de "El Lembo", el valor de los frutos producidos por las plantaciones de pastos y de caña de azúcar que son de la exclusiva propiedad de la demandante y que existían cuando la finca fue ocupada, desde el veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y siete hasta el día en que se verifique la entrega de la mencionada finca. (Artículo 964 del C. C.)

PARAGRAFO.—El valor de estos frutos se determinará en la forma señalada por el artículo 553 del C. J., previa deducción y abono al demandado de los gastos ordinarios que se invirtieron para producirlos.

Quedan en pie las otras declaraciones de la parte resolutiva de dicho fallo.

No hay condenación en costas en el recurso.

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

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION — INCONGRUENCIA— PRESUNCION DE DOMINIO — COSTAS

1. Como uniformemente ha dicho la Corte en repetidos fallos, el cargo por incongruencia procede cuando el sentenciador deja indebidamente de fallar algo de lo sometido a su decisión, o cuando la extiende a algo no sometido a ella, o cuando en lo que sí se le sometió se excede de los límites trazados por las partes; pero no cuando no incurre en la referida abstención ni peca por fallar *extra petita* o *ultra petita*. Cuando la sentencia revoca la apelada acogiendo las excepciones de los demandados, mal puede decirse que falte a su fallo consonancia. Además, esta falta, cuando la hay, tiene que figurar o hallarse en la parte resolutiva, dada la naturaleza de las sentencias y también la de esa causal de casación. Sencillamente puede suponerse una sentencia llena de errores en su parte motiva aun respecto de la apreciación y exposición de las pretensiones de las partes, cuya parte resolutiva pronuncie decisión, acertada o no, sobre lo que ellas sometieron a juicio, sin incurrir en los aludidos excesos; en tal supuesto no cabe pensar en tacharla por falta de la referida consonancia. En tal caso esos errores y el consiguiente desacierto en la resolución, cuando éste se sigue de aquello, no dan asidero a la causal 2a. de que se viene hablando; pero sí para alguna o varias de las restantes del artículo 520. — 2. La presunción establecida por el artículo 762 del C. C. en su inciso 2o. impone considerar en primer término, en un juicio reivindicatorio, las probanzas aducidas por el demandante para justificar su dominio; de suerte que es sólo al encontrarlas satisfactorias en tal sentido como y cuando cabe examinar los títulos que el demandado haya presentado, si es que no se ha limitado a ampararse con la aludida presunción. — 3. La acogida de los reparos de un recurrente, aunque no determine la casación del fallo, sí lo libra de las costas del recurso, porque, de conformidad con la práctica seguida por la Corte en estos casos, ha de aplicarse por analogía el artículo 575 del C. J. en la parte final del numeral 1o.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El doctor Leonardo Tafur Garcés, en nombre propio y en el del señor Jesús Jeremías Ortiz, como su mandatario especial al efecto, demandó en vía ordinaria a los señores Alfonso, Gumersinda y Bárbara Ortiz, casada ésta con Lubín Candelo, y a este señor, a fin de que en sentencia definitiva se declare que los demandantes son dueños y a ellos por tanto corresponde la posesión de la finca ubicada en la fracción de Buchitolo del Municipio de Candelaria deslindada en el libelo, y se condene a los demandados a entregársela y pagarles frutos y perjuicios, como poseedores de mala fe, desde que entraron a ocuparla o, en subsidio, desde la contestación de la demanda.

Los demandados constituyeron un mismo apoderado que la contestó oponiéndose a lo pedido y afirmando la legalidad de la posesión de sus demandantes. "Pro-

pongo como perentorias — dijo — las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, ilegitimidad sustantiva de la parte actora, carencia de acción e ineficacia de los títulos y escrituras de venta que invocan en su favor los demandantes".

Tramitada la primera instancia en el Juzgado Civil del Circuito de Palmira, se decidió allí el 11 de mayo de 1938 declarando no probadas las excepciones y que es de los actores el fundo referido y condenando, por tanto, a los demandados a entregárselo y a pagarles los frutos, todo como poseedores de buena fe, y los absolvió de los demás cargos de la demanda.

Ambas partes apelaron. Seguida la segunda instancia, el Tribunal Superior de Cali, declarando probadas las excepciones, revocó el fallo del Juzgado, en sentencia de 31 de mayo de 1940, contra la cual la parte demandante interpuso casación.

Concedido por el Tribunal y admitido por la Corte este recurso, se procede a fallarlo, tramitado como está debidamente.

Antecedentes

Gumersindo Ortiz, viudo de Primitiva Polo, se casó el 8 de agosto de 1888 con Teodora Triviño; de este matrimonio nacieron los actuales demandados Ortiz Triviño, en este orden: Alfonso en junio de 1890, Bárbara el 4 de diciembre de 1894 y Gumersinda el 30 de abril de 1897; Teodora murió el 12 de abril de 1920 (cuaderno 1º, fols. 49, 51, 55 y 58).

Citando como título la adjudicación que se les había hecho al dividirse la comunidad de Buchitolo en diligencias protocolarias en la Notaría 1a. de Palmira con el número 271 el 30 de julio de 1918, los señores Eusebio y Ramón Gómez vendieron la finca materia de esta adjudicación por escritura otorgada ante el Notario 1o. de Cali con el número 25, el 16 de enero de 1919, al señor Gumersindo Ortiz; y éste se la vendió por escritura número 53 ante el Notario 2o. de Cali el 28 de enero de 1922, a su hijo Modesto Ortiz Polo, quien la vendió en parte (40 %) al doctor Leonardo Tafur Garcés en escritura número 591 ante el Notario 1o. de Cali, el 10 de abril de 1928, y en el resto, según escritura número 1473 ante el mismo Notario el 19 de septiembre de 1929, a la señora Dolores Ortiz viuda de Wilches, quien vendió a Jesús Jeremías Ortiz en escritura número 628, de esa Notaría, el 2 de septiembre de 1936.

Estos instrumentos en sus copias notariales registradas se hallan en el cuaderno 1º, unas acompañadas a la demanda (Fols. 1 a 7) y otras traídas al Juzgado en el término probatorio (Fols. 33 a 36 y 68 a 70).

Antes de pasar adelante y atendiendo a que las partes han discutido y razonado detenidamente sobre fechas de la compra y de la venta hechas por Gumersindo Ortiz y sobre su registro, se observa que cuando este señor compró vivía aún su consorte señora Triviño y que ella había fallecido cuando él vendió; y, de otro lado, que esa compra, que es de enero de 1919, no se registró hasta el 15 de octubre de 1920, como se ve al folio 70 v. del cuaderno citado. Ya se dijo que la venta de él a su hijo Modesto es de enero de 1922 y que la señora Teodora había muerto en 1920. Se tiene, pues, en orden cronológico: compró Gumersindo por escritura de 1919, murió su señora en abril de 1920, se registró aquélla en octubre de 1920 y vendió Gumersindo a Modesto en 1922.

Los demandados en el término probatorio de la primera instancia trajeron del instrumento número 100 de la Notaría 2a. de Palmira, por el cual se protocolizó el 15 de marzo de 1921 la mortuoria de Teodora Triviño de Ortiz, copia de lo relativo a apertura de esa causa y declaratoria de herederos de esta señora, como sus hijos legítimos, a favor de los prenombrados Alfonso, Bárbara y Gumersinda; y copia del instrumento número

46 de la Notaría 1a. de Palmira, de 31 de enero de 1928, por el cual se protocolizó la mortuoria adicional de la misma señora Triviño de Ortiz, en lo relativo a las adjudicaciones de la finca materia del presente juicio, según las cuales se formaron hijuelas en sendas cuotas de la finca a los tres y, además, otra a favor de Alfonso por los gastos comunes, en la cuota que faltaba para completar el total de ese inmueble (cuaderno 1o., folios 60 a 66 y 71 a 73).

Los demandados entienden respaldar su posesión con título perfecto, razonando en esta forma: la compra de Gumersindo Ortiz a los Gómez fue adquisición de la sociedad conyugal existente entonces entre aquél y la señora Triviño de Ortiz (C. C., artículo 1781), y lo comprado pasó a los herederos del socio difunto al liquidarse la sociedad y hacerse respecto de ello las citadas adjudicaciones, sin que valgan en contrario la venta hecha por Gumersindo a Modesto, que fue de lo ajeno, ni valga tampoco que el registro de la compraventa se efectuase con posterioridad a la disolución de esa sociedad, porque él se retrotrae a la fecha de la compraventa.

Por su lado, como desde luego se colige, los demandantes sostienen la legalidad y plena eficacia de sus títulos que, según se vio, arrancan de la misma compra de Gumersindo a los Gómez y se apartan de los títulos de los demandados, porque toman senda distinta, cual es la venta de Gumersindo a Modesto Ortiz Polo, de quien deriva por compra directa su derecho el demandante Tafur Garcés y deriva también el suyo el demandante J. J. Ortiz a través de la compra de la señora Ortiz de Wilches.

Las sentencias de instancia

El Juzgado para fallar en favor de los demandantes razonó en suma así: como la tradición no se efectúa sino por el registro y éste fue posterior a la muerte de la señora Triviño, la compra que a los Gómez hizo Gumersindo Ortiz no puede reputarse adquisición para una sociedad conyugal ya inexistente, sino personal de él; y de este concepto dedujo la plena validez de la venta de Gumersindo a su hijo Modesto y, consecuencialmente, la de las trasferencias sucesivas antedichas en cuya virtud son dueños, como compradores, los actuales demandantes. Y al estudiar los títulos de los demandados y hallar que, como adjudicaciones que son, son meramente declarativos del dominio de su causante, viendo que, dentro del concepto antedicho, el adquirente en la compra a los Gómez no fue esa señora ni aquella sociedad conyugal, estima ineficaces los títulos de los demandados, o sean, sus dichas hijuelas, y agrega el Juzgado que cuando éstas se formaron, de tiempo atrás estaba otorgada y registrada la venta de Gumersindo a Modesto y ni a éste ni a sus sucesores en su dominio puede perjudicar la partición.

El Tribunal decidió en favor de los demandados, acogiendo sus excepciones, porque encontró deficiencias en los títulos de los demandantes, así: en el de J. J. Ortiz, porque no halla que lo comprado por éste a la señora Ortiz de Wilches y por ella a Modesto Ortiz contenga la finca disputada; y en el del doctor Tafur Garcés, porque no precisa una cuota en la misma finca; y además, porque al analizar el Tribunal, no sólo las escrituras pertinentes aquí citadas, sino otras venidas al proceso, en la confrontación de nombres, linderos y demás detalles encuentra dudas sobre la identidad de tal finca, de la que constituye la materia del litigio.

El recurso

El recurrente distribuye sus cargos en tres capítulos, en todos los cuales figura como determinante el error en la apreciación de pruebas que condujo al Tribu-

nal a los conceptos que acaban de resumirse. Se estudian esos capítulos en su orden.

En el primero se aduce el motivo 2o. de casación de los establecidos en el artículo 520 del C. J., o sea, "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". La falta consiste en detenerse el Tribunal a indagar la identidad de la finca sin que las partes disientan al respecto y, por ende, sin que pusieran esa identidad sub judice; a que se agrega que las escrituras públicas pertinentes y demás pruebas que obran en autos, entre ellas las inspecciones oculares, no dejan lugar a duda sobre esa identidad.

El cargo no es procedente. Como uniformemente en repetidos fallos ha dicho la Corte, él procede cuando el sentenciador deja indebidamente de fallar algo de lo sometido a su decisión, o cuando la extiende a algo no sometido a ella, o cuando en lo que sí se le sometió se excede de los límites trazados por las partes; pero no cuando no incurre en la referida abstención ni peca por fallar extra petita o ultra petita.

En el presente caso el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia y acogió las excepciones de los demandados. Mal puede decirse, pues, que falta a su fallo aquella consonancia.

Además, esta falta, cuando la hay, tiene que figurar o hallarse en la parte resolutiva, dada la naturaleza de las sentencias y también la de esa causal de casación. Sencillamente puede suponerse una sentencia llena de errores en su parte motiva aun respecto de la apreciación y exposición de las pretensiones de las partes, cuya parte resolutiva pronuncie decisión, acertada o no, sobre lo que ellas sometieron a juicio, sin incurrir en los aludidos excesos; y en tal supuesto no cabe pensar en tacharla por falta de la consonancia referida. En tal caso esos errores y el consiguiente desacierto en la resolución, cuando éste se sigue de aquello, no dan asidero a la causal 2a. de que se está hablando; pero sí para alguna o varias de las restantes del citado artículo 520.

Tal sucede aquí, en que se aduce la causal 1a., detallada en los capítulos I y II de la demanda de casación que se estudian en seguida, rechazando como queda por lo visto el del capítulo I.

En estos dos capítulos presenta el recurrente los antedichos errores del Tribunal como causantes de violación de las varias disposiciones legales sustantivas que analiza a esa luz y que también estima quebrantadas directamente y reclama así mismo por la aplicación indebida o la falta de aplicación de otras.

Como el Tribunal llegó a las conclusiones adversas a los demandantes ya dichas en fuerza de esos errores de apreciación de pruebas y del desconocimiento de la identidad de la finca disputada, y como entre esos errores está el de no reconocer que el demandante Tafur Garcés aduzca dominio sobre una cuota determinada proindiviso de ese inmueble, al decir del recurrente, éste dedica capítulo separado, que es el III, a lo relativo a este título, invocando, por lo demás, las mismas razones detenidamente expuestas en el capítulo II. Se puede, pues, estudiarlos ambos conjuntamente.

El recurrente se queja de que el Tribunal entrara a indagar una identidad no discutida por las partes y, además, de que no la halle a pesar de estar debidamente establecida por las probanzas.

No puede olvidarse que el acuerdo de aquéllas sobre identidad del inmueble disputado en un juicio de reivindicación, no exonera al sentenciador del deber de estudiar los títulos presentados por el demandante para acreditar su calidad de dueño. Por tanto, desde ese punto de vista la queja no es fundada. Sí lo es en cuanto al error de apreciación de esos títulos y restantes pruebas aludidas que condujo a dejar esa identidad en un pie

de duda incompatible con lo que demuestran esos elementos probatorios. El trascurso del tiempo suele ocasionar cambios de dueño en los predios colindantes de un fundo dado, sin que por eso éste deje de ser el que era; otras veces los cambios son de mera redacción u ordenación; estas alteraciones y otras análogas sugieren a primera vista que no se trata del mismo inmueble, y cuando se está así ante una simple apariencia, ella se disipa con el estudio de los medios conducentes. Aquí, por ejemplo, a más de que, concretando la atención a los instrumentos relativos a la firma de que se trata y descartando los que se refieren a otros bienes, se halla con claridad que una sola y misma finca es la poseída por los demandados y la pretendida por los actores como trasferida en los títulos que éstos aducen. Así se fundamenta el acuerdo de las partes, corroborado también por las inspecciones oculares aludidas, que son la practicada en la primera instancia el 25 de noviembre de 1937 (cuaderno 1o., folios 30 y 31) y la practicada en la segunda el 16 de septiembre de 1938 (cuaderno 4o., folios 10 a 12).

Se justifica también el cargo de error manifiesto de hecho en la apreciación de la escritura de venta hecha por Modesto Ortiz a la señora Dolores Ortiz de Wilches, en cuanto el Tribunal se niega a encontrar allí la trasferencia de la finca aquí disputada.

En ese instrumento Modesto Ortiz forma una lista de varios bienes encabezada por determinadas casas de Cali (puntos A, B y C) y terminada por ciertos derechos (punto E); en el punto D figura la finca de que aquí se trata con su extensión y linderos y otros detalles. Así se lee en el citado instrumento al folio 34 del cuaderno principal.

En la cláusula 3a. de ese instrumento el vendedor cita los títulos de su adquisición de cada uno de esos varios bienes y derechos. Y porque al hablar del de la finca en referencia se equivocó nombrando una escritura distinta de la de su compra a Gumersindo Ortiz, el Tribunal entiende materia de la venta de Modesto a la señora de Wilches aquello a que se refiere la escritura equivocadamente citada, cual si este mero error de cita en el título de procedencia infirmara o modificara la trasferencia misma hecha por Modesto como queda ya dicho en la referencia que se acaba de hacer a la cláusula 1a. de su escritura a favor de la señora de Wilches.

Vendido por ella a J. J. Ortiz lo mismo que ella había comprado a Modesto, el Tribunal, lógico en su concepto, estima que el demandante Ortiz no comprueba con esta compra que lo que se le trasfirió fuera la finca materia de este juicio.

Del propio modo se justifica el cargo de error en la apreciación de la escritura de venta de Modesto al Dr. Tafur Garcés, porque con toda precisión, después de determinar la finca por su ubicación, linderos y cabida, dice aquél que trasfiere a éste una cuota del cuarenta por ciento (40 %) de este inmueble: así se lee al folio 3 del cuaderno 1º; y sin embargo el Tribunal estima que no puede ampararse en el artículo 949 del C. C. porque falta la determinación de la cuota "en forma precisa e inconfundible sobre la cosa singular proindiviso, de tal manera que se la pueda llamar también cuota singular".

Con todo, como, por lo que se verá en seguida, de la corrección de esos errores no se deduce la prosperidad de la causa de los demandantes, no se puede deducir de ahí tampoco la infirmación de la sentencia recurrida.

La presunción establecida por el artículo 762 del C. C. en su inciso 2o impone considerar en primer término, en un juicio reivindicatorio, las probanzas aducidas por el demandante para justificar su dominio; de suerte que es sólo al encontrarlas satisfactorias en tal sentido como y cuando cabe examinar los títulos que el demandado haya presentado, si es que no

se ha limitado a ampararse con la aludida presunción.

La eficacia de la titulación presentada por los demandantes en este pleito requiere ineludiblemente como base o clave la plena validez de la venta de Gumersindo Ortiz a su hijo Modesto Ortiz Polo; y esta validez requiere a su turno la aceptación del concepto de que la compra de Gumersindo a los Gómez no fue adquisición de la supradicha sociedad conyugal sino propiedad personal del comprador. Y para entenderlo así es preciso tomar como fecha de la adquisición la del registro y nó la de la escritura.

Ahora bien, el registro se retrotrae a la fecha del instrumento, sin más salvedad que la correspondiente a los derechos de terceros, y aquí no se halla tercero alguno ni derecho de tercero surgido o constituído en el lapso trascurrido del 16 de enero de 1919, fecha del otorgamiento de la escritura, al 15 de octubre de 1920, fecha de su inscripción en el competente libro de registro. Por tanto, nada empece a la consideración legal de que la compraventa y su consiguiente trasferencia de dominio tiene por fecha la del instrumento que la solemnizó, esto es, que llenó el requisito exigido por el artículo 1857 del C. C. De donde se deduce que esa adquisición a título oneroso es de la sociedad conyugal existente el día de la compraventa entre Gumersindo Ortiz y su consorte, de conformidad con el artículo 1781 de esa obra. Si el marido, ejerciendo la plena potestad implicada por el artículo 1806 de esta obra, hubiera enajenado durante la sociedad, ningún reparo cabría al respecto. Ni cabría tampoco si en la liquidación de esa sociedad y consiguiente participación de sus bienes, se le hubiese adjudicado tal finca a Gumersindo Ortiz y sobre este pie y respaldo la hubiese vendido, o si, vendiéndola, ulteriormente le hubiese llegado tal adjudicación. Pero como vendió después de disuelta la sociedad por la muerte de su esposa y sin que tal adjudicación aparezca por parte alguna, acontece que vendió lo ajeno (C. C., artículos 779 y 2442). Y como la validez que el artículo 1871 del mismo Código da a la venta de cosa ajena tiene por límite o salvedad los derechos del verdadero dueño, se tiene como recta deducción de todos estos preceptos legales la ineficacia de los títulos aducidos por los actores y, consiguientemente, la imposibilidad de que su acción prospere, puesto que el vicio que afecta a la adquisición de Modesto Ortiz forzosamente afecta sus trasferencias, es decir, los títulos procedentes de él.

Este sencillo razonamiento hace ver por qué se advirtió ya que la corrección de los referidos yerros del Tribunal no determina la infirmación de su fallo.

En fuerza de lo dicho y de la conclusión adversa a los actores a que se llega por la senda del estudio de sus títulos, es inoficioso analizar el fallo recurrido ante cada una de las disposiciones legales de cuya violación lo acusa el recurrente.

La acogida que se da a los aludidos reparos de éste, si bien no determina que ese fallo se case, sí lo libra de las costas del recurso, porque, de conformidad con la práctica seguida por la Corte en estos casos, ha de aplicarse por analogía el artículo 575 del C. J. en la parte final del numeral 1o.

No sobra poner de presente que la posesión de los demandados, afirmada por los demandantes, a lo que bastaría el hecho de dirigir contra aquéllos su acción, es, como hecho, algo no discutido por las partes y, además, refrendado por sus pruebas y alegaciones. De otro lado, cuando la señora de Wilches otorgó la citada escritura de 1936 a favor del actual demandante J. J. Ortiz, advierte que la finca en cuestión "la tienen actualmente Alfonso Ortiz, Lubín Candelo y Gumersinda Ortiz"; y ya para 1928 cuando Modesto Ortiz otorga su citada venta al doctor Tafur Garcés, hecha la advertencia de que en posesión de la finca está Alfonso Ortiz, el comprador asume la obligación de gestionar lo conducente a obtener esa posesión material, "dirigiendo la acción

o acciones que estime conveniente contra el señor Alfonso Ortiz o contra cualquiera otra persona que figure como poseedora de la finca

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio el treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNAS ACTU ACIONES JUDICIALES Y OTRAS

Según el inciso último del artículo 449 del C. J. no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, marzo doce de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Antecedentes

Lucas Salazar y Juana Rodríguez contrajeron matrimonio en 1876 y de esa unión nacieron José Angel, Silvestre, Eugenio, María Matilde o Alejandrina, Herminia, Elena, Obdulia y María Luisa. Muerta Juana Rodríguez, Lucas volvió a casarse con Eudosia Cruz y de ese matrimonio nació María Eva.

Muerto Lucas, su esposa y su hija iniciaron el correspondiente juicio de sucesión que se adelantó y terminó en el Juzgado 7o. del Circuito de Bogotá y se protocolizó en la Notaría 4a. de esta ciudad bajo el número 2,360 de fecha 8 de septiembre de 1934. En la partición de los bienes se adjudicaron éstos, por iguales partes, a los hijos del primero y segundo matrimonio, previa la deducción de los gananciales y del pasivo aceptado, que fueron pagados o adjudicados al cónyuge supérstite.

La demanda

Con fecha 10 de febrero de 1937, Hugo Soler, como apoderado de los hijos del primer matrimonio de Lucas, que ya quedaron mencionados arriba, presentó demanda ordinaria para que se declare nulo lo actuado en el juicio de sucesión de Lucas Salazar; nula la partición de los bienes y las consiguientes adjudicaciones; rescindida la partición y adjudicación de los bienes en el mencionado juicio, y que se disponga que todos esos bienes pertenecen a las sociedades conyugales y sucesiones ilíquidas resultantes de los matrimonios de Lucas Salazar y Juana Rodríguez primero y el mismo Lucas y Eudosia Cruz después, y que por consiguiente Eudosia Cruz y su hija María Eva Salazar Cruz, a quienes señaló como demandadas, están obligadas a restituír a las mencionadas sociedades dichos bienes y además a pagar a los demandantes los perjuicios que se les ocasionaron en virtud "de los hechos que se han demostrado en este juicio, por la cantidad de mil pesos y a restituír doblado los bienes que se ha demostrado sustrajeron de la masa relicta, quedante a la muerte de Lucas Salazar.

Sentencia de primero y segundo grado

El Juez de primera instancia, 5º del Circuito de Bogotá, en sentencia de 6 de junio de 1939 negó todas las peticiones de la demanda, y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en fallo de 10 de junio postrero confirmó lo resuelto por el inferior.

La parte vencida interpuso recurso de casación, el que pasa hoy a decidirse.

Los fundamentos del fallo recurrido son estos: Sostiene el Tribunal que no se ha demostrado que existiera mala representación en el juicio mortuorio de Lucas Salazar y tampoco se acreditó en el presente juicio cuándo se formó la sociedad conyugal entre Lucas Salazar y Juana Rodríguez, cuándo nacieron los demandantes, qué bienes formaron el haber de la sociedad conyugal, cuándo se formó la

nueva sociedad conyugal entre Lucas y Eudosia Cruz, y qué bienes adquirieron los cónyuges en esta sociedad, concluyó con la resolución confirmatoria de la sentencia de primer grado.

Demanda de casación y estudio de los cargos

En el primer capítulo el recurrente invoca en realidad la causal sexta del art. 520 del C. Judicial y señala como violados los artículos 448, 109, 142, 143, 359 a 961 de la obra citada y 1392 y 1394 del C. Civil.

En síntesis la argumentación a este respecto consiste en que los demandantes del recurrente no fueron citados al juicio de sucesión de Lucas Salazar o sea que hubo allí falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

De autos se viene en conocimiento de lo siguiente: a) que en el juicio de sucesión prenombrado se fijó el edicto emplazatorio de que tratan los artículos 1342 y 1344 del Código Civil en relación con el 1261 del antiguo Código Judicial, y esa es la forma y el medio que da la ley para citar a los herederos, por lo mismo que al iniciarse un juicio de sucesión puede no saberse quiénes sean todos éstos; b) varios de los poderdantes del recurrente se presentaron dentro de ese juicio y otros después de la demanda de partición; c) el partidor formó hijuela a todos los hijos de Lucas Salazar mandantes del recurrente, dividiendo la herencia por iguales partes entre todos los hijos de Lucas; d) los mandantes del recurrente dieron poder en el juicio de sucesión de Lucas al doctor César Julio Rodríguez, quien apeló de la sentencia aprobatoria de la partición, y el Tribunal en fallo de 24 de mayo de 1934 confirmó la sentencia del inferior (fojas 19 del cuaderno número 2), y así terminó ese juicio.

De la anterior relación resulta que los interesados, los herederos de Lucas, mandantes del recurrente, fueron citados, legalmente; pero aunque no lo hubieran sido y aun aceptando la tesis del recurrente en toda su amplitud, no podrían alegar nulidad al respecto, por cuanto según el inciso último del artículo 449 del C. Judicial, no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad. Algunos de los herederos de Lucas, sus hijos del primer matrimonio, recurrieron al Tribunal objetando la partición, como ya se vio, pero no reclamando la nulidad por falta de citación o emplazamiento, ni hubo decisión al respecto.

Basta lo dicho para rechazar el cargo.

En el segundo capítulo acusa el recurrente la sentencia por mala apreciación de la demanda, a lo cual se observa: El Tribunal estudió todas las acciones propuestas en el libelo y si confirmó la sentencia del inferior, fue porque encontró que no estaban demostrados los hechos fundamentales en que se apoya aquél. En esa estimación pudo haber incurrido el fallador en error de hecho como se verá luégo; pero eso no significa que haya interpretado mal la demanda. En el capítulo que se estudia vuelve el recurrente a insistir sobre la mala interpretación de sus mandantes por falta de citación, pero ese punto quedó ya resuelto al estudiar el primer cargo, y lo mismo se dice sobre la primera parte del tercer cargo, que en definitiva se refiere de nuevo a la falta de citación o emplazamiento de los herederos. Al final del tercer capítulo impugna el recurrente la parte del fallo en que se asevera que no está demostrado que la parte demandada hubiera sustraído bienes pertenecientes a la masa partible. El recurrente sostiene lo contrario y afirma que la parte demandada cometió dolo al sustraer bienes de esa masa.

Mas esto es una simple aseveración del recurrente, que no tiene el menor fundamento en los autos y que está contradicha en el mismo expediente, por cuanto los

semovientes, que dice el recurrente sustrajo la parte demandada, fueron materia de un inventario y depósito en manos de tercero.

Se rechazan pues los cargos segundo y la primera parte del tercero.

Los cargos cuarto y quinto, en que se acusa la sentencia por error de hecho, deben estudiarse conjuntamente, por exigirlo así el orden de la técnica.

El Tribunal sostiene que no están acreditadas las sociedades conyugales que formó Lucas Salazar primero con Juana Rodríguez y después con Eudosia Cruz, ni que los demandantes sean hijos de Lucas Salazar, por cuanto no se presentaron las actas del estado civil correspondientes. Mas como en este juicio no se trata del estado civil de las personas, y de la copia del juicio de sucesión de Lucas Salazar se deduce rectamente que éste fue casado dos veces, que en ese juicio se demostró la existencia de esos dos matrimonios y que los demandantes, entre quienes se repartió la herencia, son hijos de Lucas y Juana Rodríguez, no había por qué exigir las partidas del estado civil que echó de menos el fallador, el cual incurrió por este concepto en un error de hecho al sentar la conclusión que se estudia.

Pero, por más que esto sea así, no puede por eso casarse la sentencia, puesto que si se trata de la nulidad del juicio de sucesión y de la partición, ya se vio por qué no pueden prosperar esos extremos y si se trata de la rescisión de la partición por lesión enorme, no está demostrada esa lesión, para lo cual hubiera sido preciso comprobar en este juicio, y no se hizo, cuáles eran los bienes adquiridos durante la existencia del matrimonio de Lucas Salazar con Juana Rodríguez. El partidor, como ya se expresó, tomó todo el conjunto de bienes que quedaron a la muerte de Lucas y los dividió, deducidos los gananciales, por iguales partes entre todos los hijos de Lucas. No se ha demostrado que el partidor al hacer esa división hubiera lesionado, en la cuantía que esta lesión es necesaria para que prospere, ni en ninguna otra, a los hijos del primer matrimonio.

Tampoco se ha demostrado que el partidor hubiera incluído entre los herederos de Lucas a ninguno que no tuviera esa calidad, y este juicio hubiera sido el oportuno para esa demostración. De donde resulta que por cualquier aspecto por donde se considere el asunto la partición debe quedar en firme y no se ve que el Tribunal haya incurrido en ningún error de derecho ni de hecho al sostener que no se ha demostrado la lesión enorme alegada.

Si se considera la cuestión desde el punto de vista de la nulidad de la partición, por las mismas causas que se anulan los contratos, la parte actora ni siquiera ha intentado esa demostración.

Se rechazan pues estos cargos.

El último cargo se refiere a la inclusión de ciertas sumas en el activo y pasivo de los inventarios, respecto de los cuales dice el recurrente que no pertenecen todas a la sociedad conyugal de Lucas Salazar y Eudosia Cruz. Pero esta afirmación no tiene ningún respaldo en los autos, para que pudiera deducirse, caso de que fuera pertinente, que esa inclusión produjo lesión enorme a los hijos del primer matrimonio de Lucas.

Finalmente algunos otros reparos que se encuentran en el recurso, como falta de continuidad en la adjudicación de los lotes, establecimientos de servidumbres, etc., hubieran podido ser materia de las objeciones de la partición, pero no constituyen materia de casación.

Se rechaza pues ese cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de

la ley, No CASA la sentencia recurrida. Sin costas por no haberse causado.

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

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE REPARACION DE PERJUICIOS—RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA.—REPRESENTACION DE LOS MUNICIPIOS EN JUICIO.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 2346 DEL CODIGO CIVIL.—PERJUICIOS MORALES

1.—Es principio legal y norma general que el Personero es el representante del Municipio, y que como atribución judicial le impone el numeral 3º del artículo 179 del C. de O. J. su representación en juicio. Excepcionalmente, en los casos en que el correspondiente Agente del Ministerio Público no pueda representar al distrito por razón de distancia, incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio u otro análogo, autoriza el artículo 173 del C. J. la representación municipal por apoderados especiales para cuyo efecto puede celebrar el Alcalde respectivo contratos con abogados que asuman la defensa judicial de los intereses del Municipio. La calificación del caso excepcional que permita la constitución de apoderado especial corresponde hacerla al Concejo, lo mismo que dar la autorización al Personero para conferir el mandato, en su condición de administrador del municipio, de acuerdo con el artículo 145 del Código Político y Municipal. No pugna con estos principios lo dispuesto en el parágrafo del artículo 173 del C. J., pues considera la Sala que el contrato que la precitada disposición autoriza celebrar al Alcalde versa sobre lo que pudiera llamarse la parte administrativa del mandato, esto es, la cuantía del honorario, su forma de pago y demás estipulaciones de esa índole que afecten el presupuesto y en las cuales interviene este funcionario como ordenador de los gastos municipales; pero en lo que se refiere propiamente al mandato judicial que confiere la personería del Municipio al apoderado, la intervención del Alcalde es impertinente, y sólo procede para ese efecto la del Personero. Así, pues, para apreciar la legitimidad con que un apoderado judicial ha llevado la representación de un Municipio en juicio, basta tener a la vista la autorización que el correspondiente Cabildo haya dado al efecto y el otorgamiento del respectivo poder por el Personero con observancia de las indicaciones del Concejo.

2.—En cuestiones de responsabilidad civil cada caso constituye un problema de hecho la configuración jurídica de la culpa, en cuya dilucidación es preciso apreciar todas las circunstancias y modalidades propias del suceso en que se pretende generar.

3.—La disposición del artículo 2346 del C. C. que dispone que los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa, se refiere solamente a estos hechos ilícitos considerados como fuente de obligaciones civiles, para lo cual es indispensable su imputabilidad moral al responsable de ellos, pues presuponen que su autor ha obrado voluntariamente, teniendo el uso de su razón y la libertad suficiente. Desde el punto de vista y para los efectos del artículo 1494 del C. C. se explica y justifica que el delito y el cuasidelito de los dementes y menores de diez años sean estériles para la responsabilidad personal civil de sus autores, porque carecen de los elementos morales para la imputación del hecho.

4.—En la estimación que el Juez ha de hacer del alcance y forma en que el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de la acción civil de reparación no hay para qué tener en cuenta, a juicio de la Corte, el fenómeno de la imputabilidad moral para calificar como culpa la imprudencia de la víctima, porque no se trata entonces del hecho-fuente de responsabilidad extracontractual que exigiría la aplicación de un criterio subjetivo, sino del hecho de la imprudencia simplemente, objetivamente considerado, como un elemen-

to extraño a la actividad del autor, pero concurrente en el hecho y destinado solamente a producir una consecuencia jurídica patrimonial en relación con otra persona. Y entonces pierde la importancia de calificar jurídicamente este hecho como culpa imputable al damnificado y solamente queda la de determinar su significación y engranaje en el desarrollo del suceso para deducir sobre la realidad objetiva si efectivamente constituyó un acto de imprudencia y en qué grado, por consiguiente, ha de minorar para el demandado las consecuencias de su responsabilidad civil. En este entendimiento, fácilmente podría pensarse en casos de accidentes en que la imprudencia de personas legalmente incapaces de cometer culpa, como los menores y dementes del artículo 2346 del C. C., interviene tan definitivamente en la ocurrencia que dejaría de lado, por no admitir la calificación jurídica de culpa, daría lugar a conclusiones de injusticia. La ley no se refiere en este caso a la culpa por imprudencia, sino a la imprudencia real.

5.—La reparación por daños morales, no definida ni establecida especialmente en nuestro derecho, ha sido desde hace largos años admitida por la jurisprudencia nacional al igual que la referente a perjuicios materiales, en consideración a que la ley no hace diferencias entre las dos especies de daño y a que los intereses morales no pueden estar jurídicamente menos protegidos que los propiamente patrimoniales. La aplicación que a esta doctrina se ha venido dando adolece, sin embargo, de cierta vaguedad y falta de diferenciación adecuada de estas dos causas de reparación en forma que va dando lugar a generalizaciones excesivas que aconsejan recordar, aunque sea en el modo sumario que el caso requiere, la naturaleza de los daños morales que pueden comprometer la responsabilidad civil. Por perjuicio moral se entiende el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la persona moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama *patrimonio moral*. El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión en *perjuicios morales propiamente dichos*, que son los que afectan la "parte social del patrimonio moral", como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación, y en *perjuicios de afección* que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. Ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar; la última, fundada en un mero interés sentimental o de afecto, que Josserand llama *pretium doloris* y que Ripert combate por considerar inconveniente e inmoral ponerle precio al dolor, se admitió por la Corte, a pesar de la evidente dificultad para su apreciación que siempre resulta arbitraria y a pesar de que carece de naturaleza compensatoria, desde el año de 1922, en sentencia de 21 de julio.

El perjuicio moral en su acepción más lata puede ofrecer infinidad de formas y de grados cuya apreciación quedaría sujeta a consideraciones personales completamente arbitrarias de los jueces, si no se determina y adopta algún criterio diferencial que sirva para deducir la existencia de un daño de esta naturaleza sobre bases de realidad jurídica, y tal criterio no puede fundarse sino en las definiciones y reglas normativas que ofrecen la doctrina y los autores. No se puede decir en la forma absoluta y general que "cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial no cabe hacer apreciación de daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material envuelve en sí misma una satisfacción de perjuicios morales", pues ambas fuentes o causas de

indemnización pueden coexistir. Podría pensarse, como ejemplo de esta posibilidad de coexistencia y reparación doble, en el caso de un comerciante a quien con una acción judicial maliciosa se le arruinara su comercio y se le causara un evidente descrédito que afectara su patrimonio moral. Pero hay casos en que el perjuicio material y el moral se confunden y mezclan de tal manera que el último no puede considerarse sino como una faz o aspecto del primero. Tal acontece cuando los daños corporales, que entrañan a la vez que un perjuicio material de incapacidad, un sentimiento, elemento sicológico que deprime el espíritu y entristece la vida, pero que sin embargo no admite la calificación de perjuicio moral, jurídicamente hablando, porque no tiene existencia propia y diferente del daño patrimonial. Para estos casos admiten los autores que en la reparación del daño patrimonial debe entenderse comprendida la del moral, autorizando la doctrina para estas ocurrencias una agravación del monto de la indemnización material como una sanción que la ley civil consagra al deber moral de no dañar a nadie en ninguna forma, verdadero fundamento de la responsabilidad establecida en el Código. Al lado de esta doctrina o teoría se presenta para cada caso particular una cuestión de hecho a la cual no puede fijársele norma rígida e invariable, pues depende del criterio del juez y de los elementos probatorios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Se originó este juicio sobre responsabilidad civil en el accidente de tránsito ocurrido el día 1º de abril de 1936, en la Plaza de las Cruces de esta ciudad, en que fue víctima el menor Guillermo Landazábal Ferreira, quien sufrió la trituración del pie izquierdo al ser atropellado por un carro del tranvía municipal.

Resulta, en efecto, de los testimonios procesales y hechos de la demanda que entre las seis y siete de la noche del citado día, verificaba su recorrido hacia San Cristóbal, por la carrilera occidental, el carro número 24 de franja azul, del tranvía municipal, conducido por el motorista Buenaventura Martínez, dueño del pase número 215 y al servicio de la empresa de transporte. En la misma dirección norte-sur y entre las calles 1-B y 2 de la carrera 7ª, marchaba por el lado izquierdo de la vía pero a muy corta distancia de los rieles el niño Guillermo Landazábal. El motorista Martínez hizo sonar la campana del carro para que el pequeño se retirara de la carrilera pero sin detener la marcha del vehículo hasta llegar a una distancia de dos metros del niño que corría sin desviar de la zona de peligro. Tan cerca ya, insistió el conductor en la campana de alarma pero sin frenar el carro, y fue entonces cuando el infante Guillermo, con la imprudencia natural de sus cinco o seis años, pretendió cruzar la ferrovía en dirección occidente-oriente, siendo alcanzado por el carro. Sólo entonces aplicó el conductor los frenos en perfecto estado del vehículo hasta pararlo en seco, según la expresión de algunos testigos; pero esta maniobra tardía fue ya inútil porque la rueda delantera del carro había ya triturado el pie del niño, quien ha quedado con la deformidad física consistente en la pérdida de ese miembro y el defecto funcional correspondiente a la mutilación.

Con base en estos hechos y apoyo en las disposiciones del título 34, libro 4º, del Código Civil, José Joaquín Landazábal, como representante legal en ejercicio de la patria potestad, de su hijo impúber Guillermo Landazábal Ferreira, demandó en juicio ordinario al Municipio de Bogotá, como dueño y empresario del tranvía y representado por el Personero Municipal, en libelo de 13 de julio de 1936, para que en la sentencia definitiva se declare que el Distrito demandado es responsable civilmente por el accidente re-

ferido, y que, en consecuencia, debe pagar a Guillermo Landazábal Ferreira, representado por su padre actor, la indemnización que corresponde a los daños y perjuicios materiales y morales causados por el hecho culposo, avaluados pericialmente, lo mismo que todos los gastos ocasionados por la enfermedad, cuidado y sostenimiento del menor.

Notificada y contestada por el Personero Municipal de Bogotá la demanda, se surtieron los trámites legales del primer grado hasta finalizarlo con la sentencia de 2 de marzo de 1938, en la que el Juzgado del conocimiento —3º Civil de este Circuito— decidió:

"1. Declárase no probada la excepción propuesta por la parte demandada;

2. El Municipio de Bogotá, como empresario del Tranvía Municipal de la misma ciudad, es civilmente responsable de los daños materiales que el tranvía número 24 causó al menor Guillermo Landazábal, el día 1º de abril de 1936, a eso de las seis y media de la tarde aproximadamente, en la zona urbana comprendida por las calles 1ª-B y 2ª de la carrera séptima de esta ciudad;

3. La entidad antes dicha debe pagar al citado menor, representado por su padre, señor José Joaquín Landazábal, mayor y vecino de esta ciudad, seis días después de la ejecutoria del presente fallo, la cantidad de tres mil pesos moneda corriente, suma que corresponde a la indemnización de los daños de que trata el numeral que precede; y

4. Niégase lo demás pedido".

Recurrido en apelación este fallo por ambas partes, se tramitó y decidió la segunda instancia del juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 20 de abril de 1940, reformatoria de la del primer grado en los siguientes términos:

"1. Es infundada la excepción sobre reducción de daño por culpa concurrente de la víctima, que alegó la parte demandada en esta causa.

2. Se declara que el Municipio de Bogotá, como empresario del servicio público denominado Tranvía Municipal de la misma ciudad, debe responder con el patrimonio de la empresa, y en subsidio, con su propio patrimonio, de los daños materiales y de los perjuicios morales que causó al menor Guillermo Landazábal Ferreira, el día 1º de abril de 1936, a eso de las seis y media de la tarde, en la carrera séptima, calles 1-B y 2 de esta ciudad.

3. Ejecutoriada la presente sentencia, la expresada entidad de derecho público pagará al citado menor, representado por su padre, señor José Joaquín Landazábal, mayor y vecino de esta ciudad, la cantidad de tres mil pesos moneda corriente, por concepto de los daños materiales de que habla el precedente numeral.

4. El importe líquido de los perjuicios morales de que trata el mismo numeral antecedente, se fijará conforme al artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, teniendo por base el dictamen médico y los avalúos periciales practicados en esta causa.

5. Niégase lo demás pedido..."

Es esta sentencia definitiva de segunda instancia la que se acusa ante la Corte en recurso de casación oportunamente interpuesto contra ella por el Fiscal 2º del Tribunal Superior, a cuyo cuidado estuvieron los intereses municipales en el segundo grado, y que hoy se procede a decidir por estar legalmente preparado.

La fundamentación del fallo acusado puede resumirse así:

Del acuerdo de ambas partes en torno de algunos de los hechos básicos de la acción como de las exposiciones de los testigos que presenciaron el accidente de tránsito en la vía pública urbana, deduce el Tribunal el convencimiento pleno de que ese suceso tuvo ocurrencia en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se dejaron expresadas al reconstruír la manera como se cumplió el hecho, en el comienzo de este fallo. Y determinado así el acontecimiento con sus características materiales, lo somete el Tribunal a

un minucioso análisis jurídico del cual deduce la existencia debidamente establecida de los elementos que integran la responsabilidad civil: un daño o perjuicio y un hecho culposo imputable al autor y vinculado por causalidad al daño sufrido por la víctima. El primer factor consistente en el daño cierto sufrido por el menor Landazábal, como consecuencia del atropello tranviario está plenamente acreditado en el proceso, en que consta que llevado al hospital fue necesario, por efecto del machacamiento sufrido, amputarle el tercio inferior de la pierna izquierda, lo que en concepto de los peritos médicos que dictaminaron sobre la lesión, constituye un defecto físico y funcional de por vida, "que trae necesariamente consigo — dice la sentencia — una pérdida pecuniaria y un daño moral para la víctima".

La culpa del conductor del carro del tranvía, Buenaventura Martínez, en el suceso que originó esta acción de reparación aparece tan ostensiblemente de las pruebas aducidas a los autos, que para aceptar su demostración, como base de la indemnización demandada, no hay siquiera necesidad de recurrir a la doctrina jurisprudencial sobre presunción de responsabilidad adoptada sobre la interpretación del artículo 2356 del C. C., porque del solo relato del accidente resulta patente la imprudencia con que se condujo el motorista en la situación creada por el natural descuido del niño. "Comparemos — dice el Tribunal — la conducta de este tranviario, su comportamiento en el desarrollo del accidente de que se le acusa, con la de un conductor prudente y avisado de la misma especie de vehículos, y no puede negarse que ella fue imprudente. Viendo que el infante no entendía los toques de alarma de la campana sino que continuaba su carrera delante del carro, un conductor avisado no habría acelerado la marcha del vehículo hasta alcanzar al niño; al contrario, habría disminuído la velocidad, y, si era necesario, habría parado el vehículo retirando de la vía al chicuelo antes de continuar su carrera".

Después de asentar que la responsabilidad civil del Estado a través de las diversas personas morales de derecho público es tesis jurídica que ya no se discute, cualquiera que sea el criterio que se tenga respecto de su naturaleza, concluye la sentencia que está bien dirigida la demanda contra el Municipio de Bogotá como empresario del tranvía de su propiedad, porque el motorista Martínez, el día y a la hora en que se produjo el accidente de que se trata, estaba bajo la dependencia y a las órdenes de la citada empresa y éste fue causado con ocasión del servicio de transporte, como está aceptado por el distrito demandado desde la contestación de la demanda.

Respecto del monto de la indemnización demandada, el Tribunal rectifica la doctrina del Juzgado que negó la condena al pago de perjuicios morales fundado en que la indemnización compensatoria del perjuicio material envuelve en sí misma una satisfacción por el daño moral, en forma que su acumulación equivaldría a pedir dos veces por la misma causa. Considera que la reparación para ser total debe comprender los perjuicios de las dos especies demandadas, y que estando como lo está con el dictamen pericial médico que versó también sobre las consecuencias de orden moral derivadas de la lesión, establecida la existencia de perjuicios morales para el menor Landazábal, a este extremo debe extenderse la condena, aunque en forma abstracta para fijar su monto según el artículo 553 del C. J., por considerar que la prueba pericial en punto a cuantía del daño moral adolece de error evidente por falta de concordancia entre los motivos fundamentales y las conclusiones que contiene.

El recurso

El recurso de casación interpuesto por el Fiscal 2o. del Tribunal contra la sentencia cuyos fundamentos sustanciales

acaba de sintetizarse, ha sido fundado ante la Corte por el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien acusa el fallo de segunda instancia, en interés del Municipio de Bogotá, con apoyo en los motivos 6o. y 1o. del artículo 520 del C. J. En el orden y con la separación usados por el recurrente en la demanda, se consideran los cargos.

1o. (Motivo 6o.) Lo hace consistir el recurrente en que en la primera instancia del juicio se incurrió en la causal de nulidad de ilegitimidad de la personería del apoderado judicial del Municipio demandado, porque de acuerdo con el texto de los artículos 173 y 252 del C. J., en los casos en que los Municipios pueden ser representados por apoderados en los litigios en que son parte por estar legalmente imposibilitado el Agente del Ministerio Público para llevar su representación, es el Alcalde y no el Personero, como se hizo en estos autos, quien puede otorgar el mandato correspondiente al apoderado judicial del Distrito, pues no hay duda de que las precitadas disposiciones consagran una verdadera excepción al principio de que es el Personero el representante nato de la entidad municipal.

Se considera

Consta en el proceso lo siguiente en materia de personería de la parte demandada.

El Concejo Municipal de Bogotá, en sesión del día 1º de septiembre de 1936, autorizó al Personero para que confiriera poder al doctor Ernesto Ruiz Manrique a fin de que representara al Municipio de Bogotá en el juicio ordinario promovido en su contra por José Joaquín Landazábal sobre indemnización de perjuicios. Transcrita a la Personería la autorización del Cabildo (f. 6 C. L.), procedió el Personero a otorgar al citado abogado el poder correspondiente (f. 7 C. l.), decretado por el Juzgado en auto del 30 de septiembre de 1936 en que reconoció al doctor Ruiz Manrique como apoderado judicial del Municipio de Bogotá. La intervención de este mandatario se redujo a la primera instancia, desde el auto de apertura a prueba hasta interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva, pues el Personero Municipal contestó la demanda a él corrida en traslado, y ante el Tribunal Superior la representación municipal la llevó el Fiscal 2º de esa entidad.

En vista de estos datos procesales puede afirmarse que la acusación por el motivo 6º no puede prosperar porque el apoderado judicial que llevó la representación del Municipio en parte de la actuación del primer grado del juicio lo hizo en la forma y condiciones que determina la ley. En efecto; es principio legal y norma general que el Personero es el representante del Municipio, y que como atribución judicial le impone el numeral 3º del artículo 179 del C. de O. J. su representación en juicio. Excepcionalmente, en los casos en que el correspondiente Agente del Ministerio Público no pueda representar al Distrito por razón de distancia, incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio, y otro análogo, autoriza el artículo 173 del C. J. la representación municipal por apoderados especiales para cuyo efecto el Alcalde respectivo puede celebrar contratos con abogados que asuman la defensa judicial de los intereses del Municipio. La calificación del caso excepcional que permita la constitución de apoderado especial corresponde hacerla al Concejo, lo mismo que dar la autorización al Personero para conferir el mandato, en su condición de administrador del municipio de acuerdo con el artículo 145 del Código sobre régimen político y municipal que establece que "la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede confiar a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado".

No pugna con estos principios lo dispuesto en el parágrafo del artículo 173 del C. J., que dice, refiriéndose a los casos excepcionales en que puede el Muni-

cipio constituir apoderado judicial, que "en casos tales, puede... el Alcalde respectivo celebrar contratos con abogados para que representen a la respectiva entidad", en el cual cree ver el recurrente una excepción a la regla de que el Personero es el representante legal del Distrito porque confiere esa representación al Alcalde, autorizándolo para que celebre el contrato de mandato. Considera la Sala, teniendo en cuenta la estructura legal del régimen administrativo municipal, que el contrato que la precitada disposición autoriza celebrar al Alcalde versa sobre lo que pudiera llamarse la parte administrativa del mandato, esto es, la cuantía del honorario, su forma de pago y demás estipulaciones de esta índole que afecten el presupuesto y en las cuales interviene este funcionario como ordenador de los gastos municipales; pero en lo que se refiere propiamente al mandato judicial que confiere la personería del Municipio al apoderado, la intervención del Alcalde es impertinente, y sólo procede para ese efecto la del Personero que es a quien compete exclusivamente la representación municipal en juicio (numeral 3º, artículo 179 C. de O. J.), y a quien corresponde otorgar la escritura o el memoral correspondiente para constituir el apoderado judicial del Municipio, cosa distinta, aunque en desarrollo de la misma actividad administrativa, del contrato celebrado por el Alcalde con el abogado. Entre las atribuciones del Personero Municipal está la de "otorgar o aceptar las escrituras o cualesquiera otros documentos en que tenga interés el Municipio, representando los de éste y observando las instrucciones del Concejo". (numeral 8º, artículo 234 del C. P. y M.).

De lo dicho resulta que para apreciar la legitimidad con que un apoderado judicial ha llevado la representación de un Municipio en juicio, basta tener a la vista la autorización que el correspondiente Cabildo haya dado al efecto y el otorgamiento del respectivo poder por el Personero con observancia de las indicaciones del Concejo. Lo otro, el contrato del Alcalde con el abogado, no reza propiamente con la legitimidad de la representación en juicio y es fuente y origen de otras relaciones jurídicas entre el Municipio y el abogado contratado.

No existiendo, pues, en este caso, ningún vicio en la personería del representante de la parte demandada, se rechaza el cargo fundado en el motivo 6º de casación.

2. La acusación que se formula contra la sentencia con base en el 1º motivo del artículo 520 del C. J., por ser violatoria de ley sustantiva, directamente y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, la subdivide el recurrente en cinco cargos que a continuación se consideran, agrupando los que por su analogía dan lugar a las mismas consideraciones.

a). Sostiene el recurrente que el Tribunal violó los artículos 697 del C. J. y 1757 del C. C. en cuanto no tuvo como probados los hechos que demuestran la ausencia de culpa del motorista, y consecuencialmente los artículos 2341, 2343, 2347, 2349,, 2356 del C. C., aplicados indebidamente, por fundar la responsabilidad del Municipio en hechos que lejos de demostrar culpa en el empleado prueban que su conducta se ajustó a la de un hombre prudente y precavido. Hace provenir estas violaciones legales del error de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar los testimonios de Joaquín Vera, Héctor Peralta, Manuel Cote, Abelardo Cruz Galviz, Dimas Bernal y Félix Antonio Molina porque en torno de ellas incurre la sentencia en manifiesta contradicción consistente en que al analizarlas se acepta que el niño transitaba al lado de la carrilera del tranvía, y luégo, al juzgar la conducta del motorista parte de una base contraria, o sea, que el infante marchaba sobre la carrilera, y erró también por cuanto dejó de apreciarlas al igual que otras pruebas como el reglamento de tránsito y el paso del motorista, al no tener como probado plenamente con su mérito

que el tranvía viajaba a moderada velocidad, que el niño se atravesó intempestivamente sin dar tiempo al conductor para detener el vehículo y que marchaba anunciándose con la campana.

Se considera

Revela la lectura de la sentencia acusada que estas declaraciones, que el recurrente considera inapreciadas en parte y en parte mal apreciadas, fueron objeto de análisis detenido por el Tribunal sobre todos los hechos pertinentes que relacionan. Refiriéndose la sentencia al modo como ocurrió el accidente advierte que los testigos Vera y Peralta "dan a entender que el niño caminaba por la carrilera, delante del tranvía", a la vez que los testigos Cote, Cruz Galviz, Bernal y Molina relatan que corría a una distancia aproximada de dos metros, del lado occidental de la vía, en la misma dirección que llevaba el carro, y que esta versión fue la acogida por los Jueces Penales para fundar sobreseimiento temporal en favor del motorista Martínez. De esta confrontación testimonial de las personas que presenciaron el suceso y de los otros elementos de convicción que ofrecen los autos al respecto, dedujo el Tribunal la siguiente conclusión: "Se acepta, pues, como hecho probado en la causa, que el niño no viajaba frente del carro, dentro de la carrilera, sino por la vía libre occidental y a muy corta distancia de los rieles".

Sentado esto, al estudiar la conducta del tranviario para deducir su imprudencia, dice el Tribunal lo que en seguida se copia con los subrayados del recurrente: "Viendo que el infante no entendía los toques de alarma de la campana sino que continuaba su carrera **adelante del carro**, un conductor avisado no habría acelerado la velocidad, y, si era necesario, habría parado el vehículo **retirando primero de la vía** al chicuelo..."

De la contraposición de estos pasajes del fallo es de donde deduce el Procurador la contradicción en que hace consistir un error de hecho en el justiprecio de la prueba testifical; pero bien claro se ve que sin fundamento, porque no existe en realidad contradicción ninguna entre los dos pasajes cotejados de la sentencia, que parte de la base probatoria de que el niño Landazábal corría por zona lateral pero muy cercana de la ferrovía, adelante del carro, que no fue detenido hasta alcanzar al infante, esto es, hasta suprimir la distancia en el frente. De estas circunstancias concretas de la conducta del conductor del tranvía deduce la sentencia que procedió imprudentemente, porque de haberse comportado como hombre prudente y previsivo habría disminuído su marcha y hasta detenídola para retirar al niño de la zona peligrosa. En nada afecta esta acertada y jurídica conclusión de la sentencia el cargo fundado en la pretendida contradicción a que se alude, porque ni aun existiendo daría base al supuesto error de hecho para cuya existencia sería necesario que de las declaraciones referidas o de otras probanzas del proceso resultara con evidencia contraria y manifiesta que el acaecimiento no ocurrió como lo dice el Tribunal. La acusación se reduce de esta manera al esfuerzo por demostrar que una vez dice el fallo que el niño corría **sobre** la vía, y otra a un **lado** pero muy cerca de los rieles, lo cual, fuera de ser inexacto, se reduce a un mero juego intrascendental de palabras que queda en zona de insignificancia ante la evidencia del hecho de que el impúber Landazábal corría delante del carro y así fue visto por el conductor, quien tuvo tiempo suficiente y medios adecuados para evitar el siniestro. La verdad judicial innegable que justifica las consecuencias jurídicas del fallo sobre culpa, es que el niño corría delante del carro en situación de peligro previsible y evitable y no evitado ni previsto por quien llevaba en sus manos el control de la máquina.

"Según los testigos —se lee en la sentencia—, el motorista Martínez timbraba la campana del carro para despejar la vía y para que el pequeño se retirara de

ella, pero no suspendía la marcha del vehículo, ni el niño entendía la voz de la campana sino continuaba su carrera adelante, hasta que el carro llegó a una distancia como de dos metros cerca de él, sin detenerse. Todavía insistió el lerdo conductor en el uso de la campana, sin frenar previamente el carro, lo que dio por resultado inmediato que el infante, de suyo irreflexivo e imprudente, tratara de cruzar la carrilera por delante del vehículo en marcha, en dirección occidente oriente, produciéndose de esa manera el choque. El niño fue arrollado por el carro en cuestión, quedando debajo, atrás del salvavidas, de donde lo sacó el Agente de Policía Abelardo Cruz, quien al momento observó el aplastamiento de su pie izquierdo por las ruedas del tranvía, lesión que observaron también en ese momento todos los testigos presenciales del accidente".

El Tribunal acoge el siguiente aparte de la sentencia de primera instancia en que se destaca la culpa de imprudencia en este caso a pesar de la observación de las condiciones oficiales del tránsito: "La velocidad moderada que llevaba el tranvía, el hecho de haberse anunciado el motorista con el timbre, demuestran que este se comportó frente al caso ante él suscitado, como una persona avisada? No lo cree así el suscrito Juez. Hay una circunstancia externa de gran valor y es la de que se trataba de un infante, por lo cual ha debido redoblarse el celo y cuidado. Si el menor desatendió la voz de la campana del carro, continuando su carrera, el motorista no ha debido perseverar en el uso del timbre, permitiendo que el tranvía ganase trecho hasta situarse a distancia más o menos de dos metros del menor, sino parar a una distancia mayor, a fin de que la frenada del carro hubiera tenido efecto. No haberlo hecho, no sólo indica no haberse portado el motorista como persona avisada, sino, peor aún, el hecho positivo de la culpa, falta de diligencia y cuidado, culpa ostensible aun por sobre la presunción legal".

En estas cuestiones de responsabilidad civil cada caso constituye un problema de hecho para la configuración jurídica de la culpa, en cuya dilucidación es preciso apreciar todas las circunstancias y modalidades propias del suceso en que se pretende generar, En el que ocupa la atención de la Corte, como se ve, la culpa que ha comprometido la responsabilidad municipal de Bogotá no se ha hecho consistir en que Buenaventura Martínez, el conductor del carro número 24 que atropelló a Guillermo Landazábal, estuviera infringiendo a la hora del suceso los reglamentos oficiales de tránsito, sobre cuyo acato llama la atención el recurrente para sostener la irresponsabilidad del Municipio. Aquí se ha deducido la culpa, según las transcripciones preinsertas, a pesar de la observación de las reglas a que alude el recurrente, provisión de pase, toque de alarma, marcha por la derecha (por los rieles, anota la Sala), porque es evidente que más allá o por fuera de estas reglamentaciones, que apenas constituyen factores de control para determinar la realidad objetiva de la noción de prudencia y cuidado, existen otros elementos y condiciones personales y morales que pueden llegar a constituir una culpa perfecta en un conductor con pase legal de un vehículo provisto de todas las señales de alarma. El caso en estudio sirve para ilustrar como ejemplo de una de estas últimas ocurrencias; pues si Guillermo Landazábal, por su estatura y todas las condiciones externas de su presencia se veía como un niño de cinco o seis años de edad, resulta insensata la conducta del tranviario que se redujo a campanear tras la carrera atolondrada del infante con omisión de todas las precauciones y cuidados para amparar al niño y defenderle y defenderse de su natural imprevisión e irreflexiva imprudencia, y resulta infundado hasta el extremo, infantil dice la sentencia del Tribunal, alegar en estas condiciones inculpabilidad por haber hecho sonar la campana como lo manda el reglamento, como si no fuera ya imprudencia gra-

ve exigir prudencia y reflexión a un impúber y condicionar la conducta con esta absurda exigencia que tiene que ser injurídica por antinatural.

En varias decisiones ha expuesto esta Sala la doctrina sobre presunción de culpabilidad actualizable en estos casos, y la manera de desvanecerla para exonerarse de responsabilidad demostrando el demandado la ausencia de culpa y otro de los motivos legales de exoneración. Para el caso, basta advertir que por parte del reo no se ha acreditado en forma alguna que no estuviera en culpa, porque no habiéndose demostrado ningún error en la apreciación de las pruebas, las consideraciones generales que contiene la demanda de casación, a que se acaba de hacer referencia, no desvirtúan en manera alguna la conclusión negativa a que llegó el Tribunal sobre la cuestión de si el empleado municipal del tranvía obró en las circunstancias concretas de hecho que revela el proceso como hubiera obrado un hombre avisado y prudente, de su tipo y su clase.

b). Acusa el recurrente la sentencia por ser violatoria de los artículos 2346 y 2357 del C. C., por interpretación errónea la primera y falta de aplicación la otra, por cuanto el Tribunal se negó a acceder a la pretensión del demandado, propuesta en forma de excepción, de que se redujera la apreciación del daño por culpa de la víctima, fundado en que si se trata de un loco o de un menor de diez años, como legalmente son incapaces de cometer culpa, su negligencia, falta de previsión o descuido no pueden tenerse en cuenta para aplicar la reducción en la apreciación del daño que consagra la última de las disposiciones citadas.

Se considera

La disposición del artículo 2346 del C. C. que dispone que los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa, se refiere solamente a estos hechos ilícitos considerados como fuente de obligaciones civiles, para lo cual es indispensable su imputabilidad moral al responsable de ellos, pues presuponen que su autor ha obrado voluntariamente, teniendo el uso de su razón y la libertad suficiente. Desde el punto de vista y para los efectos del artículo 1494 del C. C. se explica y justifica que el delito y el cuasi-delito de los dementes y menores de diez años sean estériles para la responsabilidad personal civil de sus autores porque carecen de los elementos morales para la imputación del hecho.

Establece el artículo 2357 del C. C., que "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Se tiene consagrado doctrinariamente por la jurisprudencia que las causas exonerantes de la responsabilidad son el caso fortuito, la fuerza mayor y la intervención de un elemento extraño, colocando dentro de esta última causa exonerativa la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño, a que hace referencia la precitada disposición sustantiva, y que determina sus resultados sobre la condena del autor del ilícito en forma que va desde la exoneración total hasta la disminución y prorrateo del monto de la indemnización, según las circunstancias de cada caso. En la estimación que el Juez ha de hacer del alcance y forma en que el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de la acción civil de reparación, no hay para qué tener en cuenta, a juicio de la Corte, el fenómeno de la imputabilidad moral para calificar como culpa la imprudencia de la víctima, porque no se trata entonces del hecho-fuente de responsabilidad extrancontractual, que exigiría la aplicación de un criterio subjetivo, sino del hecho de la imprudencia simplemente, objetivamente considerado, como un elemento extraño a la actividad del autor pero concurrente en el hecho y destinado solamente a producir una consecuencia jurídica patrimonial en relación con otra persona. Y entonces pierde la importancia de calificar jurídicamente este hecho como culpa imputable al damnifi-

cado y solamente queda la de determinar su significación y engranaje en el desarrollo del suceso para deducir sobre la realidad objetiva si efectivamente constituyó un acto de imprudencia y en qué grado, por consiguiente, ha de minorar para el demandado las consecuencias de su responsabilidad civil. En este entendimiento, fácilmente podría pensarse en casos de accidentes en que la imprudencia de personas legalmente incapaces de cometer culpa, como los menores y dementes del artículo 2346 del C. C., interviene tan definitivamente en la ocurrencia que dejarla de lado, por no admitir la calificación jurídica de culpa, daría lugar a conclusiones de injusticia. La ley no se refiere en éste caso a la culpa por imprudencia sino a la imprudencia real.

La razón y fundamento que en esta parte tiene la acusación del recurrente contra la sentencia, no determina, sinembargo, la casación del fallo, porque el resultado a que habría de llegarse en presencia de los elementos de prueba que han servido a la Sala para puntualizar las circunstancias de hecho que rodearon el accidente de la plaza de las Cruces, ya enumerados en esta decisión, sería el mismo a que llegó el Tribunal. El anotado error de la sentencia no da lugar así sino a la mera rectificación de doctrina. La imprudencia con que Guillermo Landazábal se expuso a sufrir el daño, normal y correspondiente a su mentalidad de infante, no puede ser tenida en este caso como elemento extraño capaz de minorar las consecuencias de la conducta del empleado del tranvía municipal de Bogotá, pero no por su incapacidad legal de cometer culpa de imprudencia, sino porque la manera como ocurrió el accidente no permite tenerla como concurrente en el resultado final. Si el niño no hubiera estado en la zona de peligro, sino que de modo completamente imprevisible e inevitable para el conductor se hubiera arrojado al paso del tranvía, la situación daría margen de aplicación al artículo 2357 del C. C.; pero en la forma en que acaeció el hecho de autos, no. Si el tranviario Martínez vio al niño que corría delante de su carro en situación de peligro porque iba muy cerca de los rieles y se contentó con alarmarlo, como aparece de la comprobación no desvirtuada de autos, la culpa del conductor es de tal magnitud y gravedad que absorbe la posible imprudencia del niño hasta el extremo de que sería aberrante no adjudicarle a ella sola la causalidad y responsabilidad de todas las consecuencias, sin la concurrencia de ningún otro hecho que las disminuya o suprima.

c). En un brevísimo y final capítulo de la demanda de casación se acusa la sentencia por violación de los artículos 2347 y 2349, entre otros, del título 43 del Código Civil, por mala interpretación en cuanto al monto de la indemnización del daño, por haber el Tribunal condenado, al pago de perjuicios morales en abstracto, y de perjuicios materiales en concreto, siendo improcedente la primera condena en razón de daños morales, que no existen.

Se considera

La reparación por daños morales, no definida ni establecida especialmente en nuestro derecho, ha sido desde hace largos años admitida por la jurisprudencia nacional al igual que la referente a perjuicios materiales, en consideración a que la ley no hace diferencia entre las dos especies de daño y a que los intereses morales no pueden estar jurídicamente menos protegidos que los propiamente patrimoniales. La aplicación que a esta doctrina se ha venido dando, adolece, sin embargo, de cierta vaguedad y falta de diferenciación adecuada de estas dos causas de reparación en forma que va dando lugar a generalizaciones excesivas que aconsejan recordar, aunque sea en el modo sumario que el caso requiere, la naturaleza de los daños morales que pueden comprometer la responsabilidad civil.

Adoptada esta dualidad de fuente en la acción de reparación civil, se han dividi-

do los bienes jurídicos de la persona en las dos grandes categorías, de patrimoniales y extrapatrimoniales; los primeros, que sirven para procurar a sus dueños satisfacciones pecuniarias o apreciables en dinero, como los derechos reales, los crediturales, los que resultan del ejercicio de una profesión u oficio etc.; y los segundos, inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida, a la libertad, al honor, a la reputación, y los derechos de familia que se originan en las cualidades de hijo, padre, esposo etc. De esta clasificación surge la del daño, que en sentido lato es la privación o menoscabo de un bien, y según que afecte o lesione una u otra de las dos categorías.

Daño o perjuicio material es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido de pecuniaridad, y que puede afectar a una persona, en su **patrimonio,** como construyendo fosos para secar una fuente o destruyendo o desmejorando bienes raíces o mobiliarios; o en su **persona física,** como un accidente de locomoción, error de un médico o un cirujano o farmacéuta, contagio de una enfermedad, especialmente venérea.

Perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama **patrimonio moral** de una persona. El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, en **perjuicios morales propiamente dichos** que son los que afectan la "parte social del patrimonio moral", como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en **perjuicios de afección** que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. Ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar; la última, fundada en un mero interés sentimental o de afecto, que Josserand llama **pretium doloris** y que Ripert combate por considerar inconveniente e inmoral ponerle precio al dolor, se admitió por la Corte, a pesar de la evidente dificultad para su apreciación que siempre resulta arbitraria y a pesar de que carece de naturaleza compensatoria, desde el año de 1922, en sentencia del 21 de julio, en la que estableció que para la fijación del **quantum** debe tenerse en cuenta la posición social de los interesados, el grado de su cultura y la magnitud del pesar causado.

En todo juicio de responsabilidad extracontractual es indipensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del que se demande, para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio.

El perjuicio moral en su acepción más lata puede ofrecer infinidad de formas y de grados cuya apreciación quedaría sujeta a consideraciones personales completamente arbitrarias de los jueces, si no se determina y adopta algún criterio diferencial que sirva para definir la existencia de un daño de esta naturaleza sobre bases de realidad jurídica, y tal criterio no puede fundarse sino en las definiciones y reglas normativas que ofrecen la doctrina y los autores.

No se puede decir en forma absoluta y general, como lo afirma el recurrente, haciendo referencia a una sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, que "cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer apreciación separada de los daños

morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material envuelve en sí misma una satisfacción de los perjuicios morales", porque tratándose de dos fuentes o causas de indemnización diferentes y diferenciables por su origen y su naturaleza, pueden coexistir y dar lugar y base a la reparación separada por cada uno de los daños, el material, y el que afecta directamente el patrimonio moral, en alguno de los elementos que legítimamente lo integran (el honor, la reputación, los afectos, las creencias, el pensamiento), pero siempre que haya bases probatorias que sirvan para estructurar independientemente cada uno de estos detrimentos jurídicos. Podría pensarse, como ejemplo de esta posibilidad de coexistencia y reparación doble, en el caso de un comerciante a quien con una acción judicial maliciosa se le arruinara su comercio y se le causara un evidente descrédito que afectara su patrimonio moral.

Pero hay casos en que no es posible aislar con existencia jurídica propia el daño moral, porque el perjuicio material y el moral se mezclan y confunden de tal modo, que el último no puede considerarse sino como una faz o aspecto del primero. Tal acontece cuando los daños corporales, que entrañan a la vez que un perjuicio material de incapacidad, un sentimiento, elemento psicológico, que deprime el espíritu y entristece la vida, pero que sin embargo no admite la calificación de perjuicio moral, jurídicamente hablando, porque no tiene existencia propia y diferente del daño patrimonial. Para estos casos admiten los autores que en la reparación del daño patrimonial debe entenderse comprendida la del moral, autorizando la doctrina para estas ocurrencias una agravación del monto de la indemnización material como una sanción que la ley civil consagra al deber moral de no dañar a nadie en ninguna forma, verdadero fundamento de la responsabilidad establecida en el Código.

Al lado de la anterior doctrina o teoría, si exacta en sí misma y considerada en abstracto, se presenta una cuestión de hecho en cada caso particular, cuestión verdaderamente difícil en la que no se puede fijar para la aplicabilidad de aquella teoría una norma rígida e invariable, puesto que el problema planteado en cada caso y materia de la resolución judicial tiene como factores, para su solución, el recto e ilustrado criterio del juzgador y el elemento probatorio cuya apreciación debe enfocarse sobre los lineamientos generales que configuran la doctrina expuesta.

A la luz de estas nociones, elementales y sucintas, que sirven para configurar las dos especies jurídicas de daños, material y moral, fundamentalmente distintas aunque de coexistencia posible, el proceso en estudio ofrece lo siguiente.

En orden a demostrar la existencia del perjuicio sufrido por Guillermo Landazábal Ferreira, en cuyo nombre y representación demandó su padre, se produjo la prueba pericial médica rendida por los facultativos José de J. Serrano y Alfredo Luque, como peritos principales, y Eduardo Iriarte Rocha, como tercero, quienes examinaron la lesión sufrida por el menor y conceptuaron sobre sus consecuencias. así: El primero: "por esta misma causa, dicho niño queda incapacitado para trabajar y caminar durante su existencia. Asimismo, sus aptitudes físicas y morales sufrirán disminución en una parte muy considerable. La falta de la pierna en su tercio inferior le coloca en grado muy marcado de inferioridad para defenderse de las penalidades de la vida". El segundo dijo: "Tanto la deformidad como el defecto funcional son permanentes, pero reparables en parte, con un aparato ortopédico. Estas lesiones determinan la disminución de las aptitudes físicas para la mayoría de los trabajos materiales y por consiguiente una incapacidad para trabajar relativa y de por vida", y el tercero expuso: "Basado en estas consideraciones y puesto que no se trata de un asunto penal, conceptúo que al niño Guillermo Landazábal Ferreira le ha quedado una deformidad física y un defecto funcional de carác-

ter grave e irreparable que lo incapacita para un gran número de trabajos. Como consecuencia tendrá una incapacidad para trabajar relativa pero de por vida".

La otra prueba pericial que obra en autos se produjo para la avaluación de los perjuicios, no para probar su realidad, y fue desechada por el Tribunal, como se vio al sintetizar la sentencia acusada, por error evidente en sus fundamentos, por lo cual remitió la fijación del monto de la cuantía por daños morales al procedimiento del artículo 553 del C. J. En relación con la prueba de la existencia del perjuicio moral, único aspecto de la indemnización sometido a la consideración de la Sala, dijo el Tribunal:

"La integridad corporal y funcional de la persona humana es no solamente un derecho adquirido sino un derecho innato y natural, que constituye un bien precioso, por lo cual sobra todo comentario tendiente a justificar la certidumbre del juzgador acerca de la realidad del daño material y moral sufrido por Landazábal Ferreira a causa de las lesiones corporales que describen los peritos médicos y confirman los testigos. La simple incapacidad relativa de por vida que le diagnostican se traduce en una disminución permanente de su capacidad de trabajo y de producción, y el defecto funcional permanente le ha causado y le sigue causando durante la vida sufrimientos de **orden moral** apreciable y disminución de aptitudes morales, según lo anotan esos peritos. Lesiones corporales de aquella naturaleza traen necesariamente consigo una pérdida pecuniaria y un daño moral para la víctima. Y refiriéndose a las condiciones jurídicas que debe tener el perjuicio moral, agrega y concluye: "Se requiere entonces que el perjuicio moral sea actual, cierto, no reparado y personal, al igual que la lesión simplemente patrimonial. Estas condiciones se reúnen en esta especie, según el dictamen médico y los avalúos periciales, ya que aquel determina "disminución de las facultades... morales", "inferioridad para defenderse de las penalidades de la vida", "defecto estético del cuerpo y de la marcha", y "defecto físico y funcional", como consecuencias de orden moral derivadas de la lesión".

En presencia de estas razones fundamentales de la sentencia se puede concluir que el Tribunal incurrió en aplicación desviada de la ley al tener como demostrada la realidad de un daño moral en este caso, porque no hay duda que los elementos que señala como constitutivos o integrantes de esa especie de lesiones no responden en manera alguna a la naturaleza y definición jurídicas del perjuicio moral, que es ineludible tener en cuenta en el estudio de las acciones de responsabilidad, para no caer en la generalización excesiva del concepto que conduciría a aceptar la conclusión de que al lado de todo perjuicio patrimonial o material existe siempre uno de carácter moral, porque siempre será fácil asociar a cualquier descalabro o menoscabo del patrimonio **consecuencias de orden moral,** como **sufrimiento, disminución de las aptitudes o facultades morales,** o conceptos sobre **inferioridad para defenderse de las penalidades de la vida,** según las frases en que creyó apoyar jurídicamente su concepto el Tribunal. Con los datos y elementos que ofrecen el acervo probatorio de este pleito no es posible configurar en realidad ningún perjuicio moral, en su naturaleza y acepción jurídicas, porque todas las consecuencias que el accidente determinó para Guillermo Landazábal, sirven para apreciar un perjuicio material, pero no dan base para conformar nada que se ajuste a **un perjuicio moral propiamente dicho, que pudiera afectar algún** aspecto social de su patrimonio moral; y respecto del **perjuicio moral de afección** de que pudiera ser fuente el dolor que la lesión causó a los familiares del menor su consideración en este caso es impertinente porque tal extremo no hace parte de los pedimentos de la demanda, iniciada, como se ha repetido, por el padre del menor pa-

ra el menor y no en interés propio y personal del actor.

Las consideraciones de esta última parte del fallo, reveladoras de una interpretación equivocada de la ley sustantiva, imponen una reforma parcial de la sentencia acusada, para restringir el alcance y contenido de la indemnización a que fue condenado el Municipio de Bogotá, según la recta interpretación de la ley y la realidad probatoria del proceso.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 20 de abril de 1940 en el sentido de suprimir de las condenaciones contra el demandado la obligación de pagar perjuicios moraels, y la deja vigente en todo lo demás.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase oportunamente al Tribunal de Origen.

Liborio Ecallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincon, Srio. en ppd.

REIVINDICACION — NULIDAD ABSOLUTA E INEXISTENCIA — CONTRATO VICIOSO Y CONTRATO NO CELEBRADO.

1.—Nuestra ley no hace la distinción, calificada por algunos autores de meramente académica, que otros hacen entre la nulidad absoluta y la inexistencia. Si dos personas han entendido, por ejemplo, celebrar la compraventa de un inmueble sin escritura pública, ese contrato no existe y aquél erróneo concepto de haberlo celebrado no da asidero a una acción de nulidad, sencillamente porque no hay contrato que anular, a tiempo que los pasos que esas personas hayan dado, en su falsa creencia, determinan otras acciones, por lo cual no se halla necesario asignar a la inexistencia un puesto o entidad especial con el fin de revestir a los interesados de medios adecuados para la efectividad de los derechos que les asisten. Y si se supone que tal contrato se ha celebrado, es decir, si se otorgó escritura pública, y que v. gr. adolece de ilicitud en su causa o en su objeto o en ambos, se tiene que en este caso sí hay contrato y, por tanto, algo atacable, y al propio tiempo que, por lo mismo, para llegar a que no lo haya es preciso que desaparezca, infirmado por voluntaria declaración de las partes o por sentencia judicial. Sin esa infirmación el contrato permanece en pie como tal, por vicioso que sea.

2.—Una cosa es que un contrato sea o haya venido a ser vicioso y otra muy distinta es que no se celebrara. La celebración es un hecho independiente de la calidad. El dictado de vicioso requiere lógicamente la entidad de contrato, a la manera que el adjetivo calificativo requiere el sustantivo calificado.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que, revocando la del Juzgado Civil de ese Circuito, negó la reivindicación demandada por Rogerio Villamizar Rico contra Anastasio Flórez y Evangelina Flórez viuda de González.

Antecedentes

Por escritura número 498, otorgada ante el Notario de Pamplona el 2 de noviembre de 1874, Juan Clímaco Flórez compró el terreno allí deslindado, de la fracción de Ritapá, Municipio de Chitagá; y de ese terreno, llamado Los Saúces, vendió a Villamizar Rico por instrumento número 11 de esa Notaría, el 8 de enero de 1936, la porción allí deslindada, que es la disputada en el pleito.

La demanda inicial se notificó el 11 de julio del mismo año de 1936 a ambos demandados, quienes se opusieron por razones que se resumen así: a) Ellos no poseen en común y como una sola finca la que así se les demanda, sino que poseen sendos lotes como cuerpos ciertos y singulares, formados al dividirse aquélla en el arreglo de 21 y 22 de diciembre de 1922 a que llegaron en la Alcaldía de Chitagá el viudo y los hijos de Tomasa Montañez de Flórez; b) No sólo los respalda su posesión sino justo título, porque Tomasa Montañez compró esa finca a Clímaco Flórez por escritura número 32, en la Notaría de Silos, el 13 de julio de 1885, y

al morir ella en 1920 le sucedieron en su dominio sus herederos, de ellos sus hijos Evangelina y Eurípides Flórez y como éste trasfirió sus derechos a Ignacio González, de quien los hubo Anastasio Flórez, a ambos demandados asiste título; y c) Además, Evangelina trasfirió sus derechos herenciales y en especial, como parte integrante de ellos, el aludido lote singular que se le señaló a ella desde dicho 20 de diciembre de 1922, al señor Luis Alberto Mogollón, por escritura número 266, otorgada el 7 de junio de 1936 ante el Notario 2º de Chitagá.

Sobre estos hechos apoyaron la excepción dilatoria de inepta demanda, por dirigida contra quienes no están obligados a responder, y el incidente terminó no acogiéndola, entre otros motivos, por no haberse establecido identidad entre lo demandado y lo trasferido en la escritura de Evangelina a Mogollón, y en cuanto al demandado Anastasio Flórez, porque su memoria de excepciones no se presentó debidamente.

De ahí que el Tribunal, no sin corregir algunos errores de los de la providencia del Juzgado, la confirmó, pero mantuvo el desacierto con que éste estimó esa gestión y traspaso de Evangelina Flórez como denuncia del plieto hecha por ella a su comprador Mogollón. De ahí que, vuelto el proceso al Juzgado, en éste se notificase la demanda a Mogollón, quien manifestó no reputarse parte.

Evangelina Flórez constituyó apoderado desde que se le notificó la demanda y en esta forma sostuvo la litis en ambas instancias. Su codemandado Anastasio Flórez contestó la demanda, pero después no ha gestionado en el pleito, ni tampoco Mogollón, en conformidad con lo antedicho.

Las sentencias de instancia

El Juzgado decretó la reivindicación demandada acogiendo los títulos de Villamizar y, además, sus razonamientos sobre la invalidez de la venta hecha por Clímaco Flórez a Tomasa Montañez en la citada escritura de 1885, por haber sido compraventa entre cónyuges, en fuerza de que, casados entre sí católicamente como estaban desde el 10 de enero de 1876, lo estaban ante la ley, cuando contrataron, por la retroactividad de su matrimonio establecida en las leyes 57 y 153 de 1887. El Juzgado observó, y para su fallo esto le habría bastado, que, al paso que Villamizar presentaba sus títulos, satisfactorios sin la valla del de 1885, los demandados no presentaron éste, clave de su defensa.

El Tribunal, ante el cual sí vino a obrar el instrumento a que acaba de aludirse, no compartió esos conceptos y agregó que la invalidez del título de Tomasa Montañez de Flórez debía haberse declarado judicialmente, sin lo cual no podía pasarse sobre él, el que obliga a reconocer que Clímaco Flórez, que dejó de ser dueño por esa venta desde 1885, no lo era ya cuando dijo trasferir a Villamizar lo que reza su citada escritura de 1936. De ahí dedujo que el actor no ha justificado ser dueño. Entró el Tribunal en otras consideraciones que se estudiarán adelante; pero esa es la decisiva para la absolución de los demandados.

El recurso

El recurrente invoca los motivos 1º y 6º del artículo 520 del C. J. Se les estudia en el orden indicado por el artículo 537 del mismo.

Tacha de nula la segunda instancia por carencia de jurisdicción en el Tribunal, en virtud de que la apelación que se dice interpuesta contra la sentencia definitiva del Juzgado y en oportunidad y por persona hábil, carece de estos requisitos por no saberse la fecha del memorial y de su presentación ni la sentencia a que se refiera, ni ser apoderado de todo el personal demandado el abogado que lo suscribe. Se funda en lo que rezan ese memorial y la nota de presentación.

Esta dice: "Presentado por el signatario en persona y queda para pasar al despacho. La cédula de ciudadanía ya

consta de autos. Pamplona, octubre treinta y ocho.—Suárez E., secretario".

El memorial es de este tenor: "Señor Juez del Circuito en lo Civil. Ciudad.—En mi carácter reconocido en autos de apoderado de la parte demandada, apelo de la sentencia dictada por usted en el juicio ordinario propuesto por Rogerio Villamizar Rico contra Anastasio Flórez y Evangelina Flórez de González.—Dicha sentencia se está notificando por edicto, y pido que se me conceda el recurso en el efecto suspensivo. Pamplona octubre 31 de 1938.—Luis Chacón Hernández".

Es verdad que este señor no es apoderado de todas las personas que forman la parte demandada; pero sí lo es de una de ellas, la señora Evangelina Flórez, reconocido como tal en auto de 26 de octubre de 1937 (Cdno. 1º, Fol. 17). Por tanto, no cabe negarle personería para interponer ese recurso.

A más de que el memorial claramente se dirige en este pleito designando las personas de los litigantes al referirse a la sentencia dictada en él por dicho Juez, para precisarla aún más agrega la circunstancia de estarse notificando a la sazón. Y en efecto, el certificado de fijación del edicto respectivo lleva fecha 27 de ese octubre, y la desfijación lleva la de 4 de noviembre. Es, pues, incuestionable que la sentencia apelada era y no podía ser otra que aquella contra la cual se concedió el recurso.

Esas circunstancias e inequívocos detalles indican también con claridad la oportunidad de la interposición. sin que pueda aceptarse en contrario el hecho de que el Secretario no indicara la cifra del día de presentación. A esto se añade que la nota sí contiene el nombre del mes (octubre) y el memorial está fechado el 31 del mismo. Si se presentó en ese mes, precisamente tuvo que ser éste el día, que es el último.

De otro lado, en ese cuaderno 1º se encuentra que la sentencia definitiva termina al folio 28, el memorial con su citada nota de presentación al pie se halla al folio 29 y el edicto notificador de aquélla forma al folio 30.

Así, pues, en la interposición del recurso no ocurrió ninguna de las faltas indicadas por el recurrente, lo que vale como afirmar la legalidad de su concesión, esto es, que no puede echarse menos la jurisdicción del Tribunal para sustanciar y decidir la segunda instancia.

Se rechaza, por ende, ese motivo de casación.

El motivo 1º, estudiado por el abogado del actor con lujo de erudición y abundante cita de jurisprudencia nuestra y doctrina de autores propios y foráneos y desarrollado con estricta lógica desde el punto de partida en que aquél coloca el caso, no prospera tampoco por las razones que se verán en seguida.

La tesis de él se cifra en que la retroactividad dada al matrimonio católico por las leyes 57 y 153 de 1887 determinó que la compraventa de 1885 fuese entre cónyuges, por estar casados entre sí católicamente vendedor y comprador desde 1876, y que siendo consiguientemente nula por disposición expresa del Código Civil de Santander en su artículo 1850, igual al artículo 1852 del C. C. nacional, no puede entenderse que Flórez se desapoderara por ese contrato de lo que allí dijo traspasar, y habiéndolo, así, conservado, válidamente pudo enajenarlo más tarde, como en efecto lo hizo al vender a Villamizar lo que reza la citada escritura de 1936 aducida por éste como comprobante de su dominio

Sobre este pie asienta el cargo de violación de las disposiciones legales que regulan los tópicos aludidos, a saber: la reivindicación, la nulidad y la retroactividad antedichas, por haberse negado el Tribunal: a) A decretar la reivindicación a pesar de haber demostrado el actor su calidad de dueño; b) A reconocer que para cuando otorgaron su citada compraventa de 1885 estaban casados entre sí para todos los efectos legales Clímaco Flórez y Tomasa Montañez, en fuerza de lo dis-

puesto por las dichas leyes de 1887, por haber contraído matrimonio católico desde 1876; y c) A desconocer que ese vicio obliga al sentenciador a prescindir de tal contrato.

En suma, conceptúa que esta compraventa de 1885 adolece de un vicio suficiente a prescindir de ella y a proceder cual si no se hubiese siquiera otorgado una escritura pública que la solemnizase y que en el registro produjese efecto, por lo cual la presente controversia debió decidirse como correspondía a la circunstancia de que, conservando Clímaco Flórez el inmueble que tenía desde antes de casarse, válidamente confirió a Villamizar el título con que éste ejercita su acción reivindicatoria.

Se considera:

El otorgamiento y registro de esa escritura de 13 de julio de 1885 es un hecho que existe y sobre el cual no puede pasarse como si no existiese, como no puede pasarse por sobre los efectos que las pertinentes disposiciones legales asignan al instrumento mismo que solemnizó una compraventa y a la inscripción de él en el libro de registro competente.

Nuestra ley no hace la distinción, calificada por algunos autores de meramente académica, que otros hacen entre la nulidad absoluta y la inexistencia. Si dos personas han entendido, por ejemplo, celebrar la compraventa de un inmueble sin escritura pública, ese contrato no existe, y aquel erróneo concepto de haberlo celebrado no da asidero a una acción de nulidad, sencillamente porque no hay contrato qué anular, a tiempo que los pasos que esas personas hayan dado, en su falsa creencia, determinan otras acciones, por lo cual no se halla necesario asignar a la inexistencia un puesto o entidad especial con el fin de revestir a los interesados de medios adecuados para la efectividad de los derechos que les asistan. Y si se supone que tal contrato se haya celebrado, es decir, si se otorgó escritura pública, y que v. gr. adolece de ilicitud en su causa o en su objeto o en ambos, se tiene que en este caso sí hay contrato y, por tanto, algo atacable, y al propio tiempo que, por lo mismo, para llegar a que no lo haya es preciso que desaparezca, infirmado por voluntaria declaración de las partes o por sentencia judicial. Sin esa infirmación, el contrato permanece en pie como tal, por vicioso que sea.

La potestad conferida o deber impuesto al Juez para rechazar de oficio un contrato absolutamente nulo en ciertos casos precisos, es algo muy distinto que no contradice las precedentes consideraciones. Si en gracia de hipótesis se conceptuara de distinto modo, ello es que, concretando al presente litigio, en el instrumento en referencia, esto es, en el de compraventa de 1885, no aparece de manifiesto la nulidad de que se ha hablado ni ninguna otra, lo que bastaría para reconocer la inaplicabilidad de la aludida disposición legal sobre declaración oficiosa.

Cuando se otorgó esa escritura no tenían entre sí vendedor y compradora vínculo alguno que les impidiera celebrar lícita y libremente el contrato que así solemnizaron, pues para entonces su referida vinculación era solamente de carácter religioso sin efecto ni alcance ante la ley; pero al entrar a regir la 153 de 1887 vinieron a quedar vinculados legalmente, no desde este día sino desde el 10 de enero de 1876, fecha de su matrimonio católico, y por consiguiente su contrato vino a quedar viciado de la nulidad sostenida por el recurrente, por ser compraventa entre cónyuges.

Pero este vicio, que pudo fundamentar prósperamente una demanda de nulidad absoluta, no puede determinar de suyo la desaparición del contrato ni autoriza a razonar y proceder cual si éste no existiese. Este y la inscripción en el competente libro de registro de la escritura pública que lo solemnizó produjo la cancelación del título del vendedor reemplazado por el conferido a su compradora. Estos hechos son innegables.

Si, para mayor sencillez, se supone que

dichos contratantes estaban casados civilmente en 1885 o que su contrato fuera posterior a la ley 153 citada, se tendría también un caso visible de nulidad absoluta y, a la vez, de incuestionable existencia del respectivo contrato que, no por su vicio deja de ser contrato y de haber producido en el registro la cancelación del título del vendedor; y se tiene del propio modo la necesidad de infirmar ese contrato y su inscripción para que, puestas las cosas en el estado anterior a dichos otorgamientos y registro, se pueda legalmente proceder cual si éstos no se hubiesen producido.

Una cosa es que un contrato sea o haya venido a ser vicioso y otra cosa muy distinta es que no se celebrara. La celebración es un hecho independiente de la calidad. El dictado de vicioso requiere lógicamente la entidad contrato, a la manera que el adjetivo calificativo requiere el sustantivo calificado.

Estas consideraciones no atañen a la posibilidad establecida en la ley 50 de 1936 de sanear por voluntad de las partes las nulidades absolutas no provenientes de ilicitud, tema jurídico extraño al presente pleito. Pero sí, por haberse recordado que no cabe por improcedente la acción de nulidad cuando las partes han procedido en la creencia de existir un contrato inexistente, se quisiera relacionar con esta advertencia lo concerniente a aquella disposición, conviene añadir que la ratificación en un caso como el de compraventa de inmueble que se cree celebrada sin escritura pública, precisamente obliga al lleno de esta solemnidad, con ocasión de la cual las partes podrán asignar a sus prestaciones recíprocas y a los actos y pasos de una y otra la anterioridad que corresponda y que esta declaración, carente de todo alcance contra terceros, en cuanto fuere de derecho lo tendrá pleno para ellas.

Lo dicho hasta aquí justifica las conclusiones pertinentes del fallo recurrido, el cual en verdad ni ocasión tuvo de violar las disposiciones legales relacionadas con la retroactividad antedicha y con la nulidad absoluta, porque el fundamento cardinal de ese falló no fue el desconocimiento de la referida retroactividad, que antes bien reconoce, ni la negativa de la antedicha nulidad, que antes bien afirma, sino que se haya prescindido de obtener su declaración judicial y se pretenda sostener sin ella la permanencia en manos de Clímaco Flórez de aquello que él enajenó en 1885 por contrato cuya inscripción está aún vigente en el registro. Y dentro de este concepto, que es el de la Corte, no violó el Tribunal tampoco las disposiciones legales sobre reivindicación. En estos juicios forzosamente se comienza por analizar los títulos aducidos por el actor para acreditar su dominio, puesto que esta acción no la tiene por la ley sino el dueño; de manera que mientras de ese estudio no se haya deducido esta calidad en el demandante, el poseedor permanece bajo el amparo de su posesión, la que le basta para ser reputado dueño mientras no justifique serlo otra persona. Tal el texto de los artículos 946 y 762 del C. C.

El **nemo dat quod non habet**, que informa el artículo 752 de nuestro C. Civil, fue en definitiva la razón capital de aquella sentencia.

Aunque esto bastaba para negar lo demandado, el Tribunal entró a considerar las excepciones para concluir acogiendo la de prescripción de la de nulidad. Ya se ha dicho y repetido que el actor estima innecesario demandarla y cree que debe procederse cual si la compraventa de 1885 no existiese. Así lo hizo presente desde la demanda inicial. No compartir ese concepto no significa que se deje de reconocer que la nulidad absoluta de ese contrato no ha sido materia del pleito, por lo que acaba de decirse. Se justifica el cargo de exceso del Tribunal en cuanto declaró tal prescripción. Pero no por esto ha de prosperar el recurso, puesto que no se infirma una sentencia para reemplazarla por otra que, así fuese con palabras distintas, llegase a la misma conclusión, la que aquí precisamente, en fuerza de las

consideraciones de la Sala, sería también absolutoria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona con fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta y nueve.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — El Secretario, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION

El hecho de figurar en una partición de bienes un coasignatario a quien otro heredero le ha vendido derechos hereditarios antes de la partición y en la cual se le adjudica al vendedor el derecho vendido, no implica que los contratantes hayan desistido del contrato de venta, porque si así fuese no tendría aplicación el inciso 2º del artículo 1401, que considera que esa venta se reputa como venta de cosa ajena.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos cuarenta y uno.

(Ponente: Magistrado doctor José Miguel Arango)

En junio de 1872, José Caicedo Chavez y José Froilán Astorquiza adquirieron, por partes iguales, un fundo llamado "Pachindo", como consta en la escritura número 80 otorgada en la Notaría Primera de Pasto.

El señor Caicedo Chavez murió y sin liquidar judicialmente su sucesión, sus cuatro hijos Miguel, Primitivo, Luvino y Rosario Caicedo, otorgaron la escritura número 413 de 1º de agosto de 1912, en la Notaría 2ª de Pasto en la cual declararon los tres primeros, que le vendían a su hermana Rosario los derechos que les correspondieran en el fundo de "Pachindo" como herederos del señor Caicedo Chavez, haciendo constar el doctor Primitivo Caicedo que le vendía también a su señorita hermana Rosario el derecho de la finca de "Pachindo", que adquirió por compra hecha a los señores José Astorquiza, Rosario Caicedo A., Luvino Caicedo y doctor Miguel Caicedo, según consta en la escritura pública 246 de 6 de diciembre de 1883, otorgada ante el notario 1º del Circuito de Pasto, "lo mismo que el derecho que adquirió por trasmisión de su padre señor José Caicedo Chavez", equivalentes ambos derechos a las 3/5 partes del expresado inmueble. En esa misma escritura, por la cláusula segunda, los otorgantes hacen constar "que en virtud de la venta de los derechos que hacen por medio de esa escritura, la compradora señorita Rosario Caicedo, queda como dueña absoluta de todo el predio "Pachindo".

Con posterioridad al otorgamiento de esta escritura, en el año de 1927, el día 10 de marzo Rosario, Luvino y Primitivo Caicedo extendieron la escritura número 62, pasada ante el notario de Sandoná, en la cual declararon que habían verificado un arreglo particular para distribuír los bienes de su padre señor José Caicedo Chavez, y que habiendo hecho y protocolizado los inventarios de los bienes de la sucesión del señor Chaves y de acuerdo con esos inventarios, procedían a formalizar la partición de los bienes de la sucesión de su padre. En esta partición se le adjudicó al heredero Primitivo Caicedo, entre otras cosas, "una cuota de dominio en el fundo denominado 'Pachindo', equivalente a la catorceava parte de ese inmueble". En esa escritura declararon que el doctor Primitivo Caicedo le había vendido a la señorita Rosario las tres quintas partes restantes del mismo fundo.

Las señoras Jacinta Rodríguez v. de Caicedo y María Josefa Caicedo de Mosquera, cónyuge la primera del doctor Primitivo Caicedo, e hija legítima la segunda, demandaron al señor Epaminondas Caicedo como cesionario de la señorita Rosario Caicedo en el fundo de "Pachindo", para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que la herencia del doctor Primitivo Caicedo, representada por mi poder-

dante, señora Jacinta Rodríguez v. de Caicedo y María Josefa Caicedo de Mosquera, mayores de edad, soltera la primera, casada la segunda, en su carácter de cónyuge supérstite y de hija legítima del causante, doctor Primitivo Caicedo, respectivamente, es dueña y señora de una cuota de dominio del fundo denominado 'Pachindo', equivalente a la catorceava parte de ese fundo, cuota de dominio de la cual no está en posesión la mencionada herencia del doctor Primitivo Caicedo.

"b) Que el poseedor de esa cuota de dominio que lo es el señor Epaminondas Caicedo, demandado, está obligado, tres días después de la ejecutoria del fallo que desate esta litis, a restituír a la herencia del doctor Primitivo Caicedo la cuota de dominio antes indicada;

"c) Que el señor Epaminondas Caicedo, como poseedor de mala fe, está obligado a pagar a la herencia del doctor Primitivo Caicedo los frutos naturales y civiles de la mencionada cuota de dominio desde que está en posesión de ella hasta que se haga su restitución;

"d) Que el mismo demandado, si se opone a esta demanda justa debe ser condenado a pagar las costas del presente juicio".

El Juez de primera instancia absolvió al demandado de los cargos de la demanda, y el Tribunal Superior de Pasto, que conoció de este asunto en grado de apelación, interpuesto por el apoderado de los demandantes, confirmó el fallo anterior, por decisión de seis de julio de 1940.

RECURSO

Contra el proveído del Tribunal se interpuso recurso de casación, que fue admitido por la Corte, y surtida la tramitación del caso se entra al estudio de él.

Motivos de casación

El recurrente alega la primera causal de las que trata el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa y aplicación indebida y por mala apreciación de las pruebas, por error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y por error de derecho, así:

A) El Tribunal aplica al caso del pleito, sin serlo, los artículos 1401 y 779 del Código Civil.

B) Mala apreciación de los contratos contenidos en las escrituras 413 de 1912 y 62 de 1927 por error de hecho en la estimación de ellas.

C) Error de hecho en la apreciación de las cláusulas contractuales contenidas en la escritura 62 ya mencionada, lo que da lugar a la violación de los artículos 1401, 1390, 1393, 1394 y 779 del Código Civil.

Estudio de los motivos

Dice el Tribunal: "Es un hecho innegable y así lo reconoce la parte actora, que según la escritura pública número 413 de 1º de agosto de 1912 los hermanos Caicedo vendieron a su hermana Rosario los derechos o cuotas que tenían en el fundo 'Pachindo', derechos adquiridos por herencia de su padre José Caicedo Chavez, agregando en la cláusula segunda 'que en la venta de los derechos que hacen por medio de la presente escritura, la compradora señorita Rosario Caicedo, queda como dueña absoluta del predio 'Pachindo' por los linderos allí señalados'. Hubo, pues, en esta escritura una trasmisión del dominio de las cuotas hereniales que podrían corresponderles a los hermanos Caicedo sobre todo el fundo 'Pachindo'. Si posteriormente se practicó la liquidación mortuorial y en ella le fueron adjudicadas las partes correspondientes a los mismos hermanos vendedores, ¿qué fenómeno jurídico se ha verificado?

"La ley sustantiva es clara al respecto al establecer que cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido en la partición y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión; y

si alguno ha enajenado bienes que no le fueron adjudicados, esa venta se considerará como de cosa ajena. Por tanto si en la partición, a los herederos vendedores, se les adjudica la misma cosa o porción vendida la venta se considerará ratificada y perfecta por ministerio de la ley (verse artículo 1401 del C. C.)".

Este fundamento del Tribunal lo acusa el recurrente sosteniendo que el Tribunal quebrantó los artículos 1401 y 779, porque en la escritura pública 413 de 1912 "el doctor Primitivo Caicedo le trasmitió a su hermana Rosario los derechos hereditarios que adquirió por trasmisión de su padre José Caicedo Chavez pero no los derechos propios que había adquirido el vendedor por derecho propio en la sucesión de su padre, cosa completamente diferente".

Se observa: José Caicedo Chavez, como se ha visto, adquirió el fundo "Pachindo" pro-indiviso con el señor José Froilán Astorquiza, y la escritura 413 dice textualmente: "don Primitivo Caicedo, hijo de aquel que la vende a la señorita Rosario Caicedo el derecho de la finca de 'Pachindo' adquirido por la compra hecha a la señora Josefa Astorquiza, Rosario Caicedo, Luvino Caicedo y Miguel Caicedo, según consta de la escritura pública 246 del año de 1883, lo mismo que el derecho que adquirió por trasmisión de su padre José Caicedo Chavez, equivalentes ambos derechos a las tres quintas partes del expresado inmueble", de suerte que para que prosperara la objeción del recurrente, tenía que demostrar que Primitivo Caicedo tenía en el fundo de "Pachindo" otros derechos distintos a los adquiridos por herencia de su padre. Faltando esta comprobación no se puede afirmar que los derechos vendidos por el doctor Primitivo Caicedo a su hermana Rosario, fueran distintos de los que tenía en el fundo de "Pachindo" como heredero de su padre el señor José Caicedo.

Cierto es que la disposición del artículo 1401 invocada por el Tribunal, no encaja exactamente en el caso contemplado en este pleito, porque en la partición de los bienes del señor José Caicedo se le adjudicaron al doctor Primitivo Caicedo los derechos en el fundo de "Pachindo" que él había vendido a su hermana Rosario, y el inciso segundo del artículo citado contempla el caso de que uno de los coasignatarios haya enajenado antes de la partición una cosa que en ella se adjudica a otro, pero esta si se quiere indebida aplicación del artículo 1401 del C. C., no podría prosperar, primero, porque los motivos alegados por el recurrente para sostener esa indebida aplicación fue el hecho, no comprobado, de que don Primitivo había trasferido a su hermana Rosario derechos distintos en el fundo de "Pachindo", a los adquiridos como sucesor y heredero de su padre, y en segundo lugar, porque el Tribunal sustenta también su fallo en los artículos 1875 del C. C., si se tratara de venta de cosa ajena, y en el 752 del mismo Código que preceptúa que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que entrega y adquiere después el dominio, se entenderá haber transferido éste desde el momento de la tradición, disposiciones éstas que se acomodan perfectamente al caso del litigio

El recurrente por vía de suposición considera que el señor Primitivo Caicedo le enajenó a su hermana los derechos "que encontró en la misma sucesión, o sea los derechos directos", y en este supuesto el Tribunal violó las disposiciones citadas por una apreciación errónea de los contratos antes citados, y razona así: "pues es natural y de sentido común que si ese derecho le correspondía a la señorita Rosario, debieron las partes haberle adjudicado a ésta, su cuota equivalente a la catorceava parte, en su calidad de cesionaria de Primitivo Caicedo. Si tal hecho no aconteció, y ella como firmante de la escritura no aceptó para sí tal adjudicación, fue porque para poder liquidar la sucesión tuvo necesidad de renunciar a tal derecho para dejárselo a su hermano Primitivo. De manera que si la señorita

Rosario Caicedo concurrió a dicho acto y aceptó de modo expreso que a su hermano Primitivo se le adjudicara esa cuota de dominio, tácitamente vino a desvirtuar el contrato de venta que Primitivo Caicedo le había hecho a ella de sus derechos hereditarios en la escritura otorgada en 1912".

Se repara: en la escritura 62 en que los herederos del señor José Caicedo Chávez hicieron la partición de los bienes de su padre se dice expresamente, bajo la firma del doctor Primitivo Caicedo, que éste le vendió también a la señorita Rosario las tres quintas partes restantes del mismo fundo de "Pachindo", cláusula que está indicando que el primitivo vendedor doctor Caicedo no quiso desconocer la venta de sus derechos hereditarios en el fundo de "Pachindo" hecha a su hermana Rosario por la escritura 413.

Por otra parte, para resolver la venta de los derechos de don Primitivo Caicedo en "Pachindo", hecha a su hermana Rosario, había necesidad de que en la escritura de partición, se hubiera dicho de manera expresa que la señorita Rosario transfería, a cualquier título traslaticio de dominio, al doctor Primitivo Caicedo los derechos que ésta le había vendido en el fundo de "Pachindo" por la escritura 413, porque los contratos se resuelven o anulan por voluntad expresa de las partes o por sentencia judicial. Y el hecho de figurar en una partición de bienes un coasignatario a quien otro heredero le había vendido derechos hereditarios antes de la partición y en la cual se le adjudica al vendedor el derecho vendido, no implica que los contratantes hayan desistido del contrato de venta, porque si así fuera, no tendría aplicación el inciso segundo del artículo 1401, que considera que esa venta se reputa como venta de cosa ajena.

Agrega el recurrente que hay diferencia entre el derecho de dominio y el derecho hereditario y que lo que vendió don Primitivo a su hermana no fue el dominio en una parte del fundo "Pachindo" sino su derecho hereditario.

Para desvanecer este cargo basta recordar la cláusula de la escritura 413 en que don Primitivo dice vender el derecho que adquirió por trasmisión de su padre José Caicedo, en el fundo de "Pachindo".

No prospera pues la acusación que hace el recurrente a la sentencia del Tribunal por error de hecho en la apreciación de los contratos contenidos en las escrituras 413 y 62, porque en esta última, como se ha visto, no se pretendió volver al patrimonio del doctor Primitivo Caicedo los derechos que éste, como heredero de su padre, le había trasferido a su hermana Rosario.

Acúsase igualmente el fallo por error de hecho en la apreciación de las cláusulas contractuales contenidas en la escritura número 62 de marzo de 1927, por cuanto el sentenciador no tuvo en cuenta el preámbulo contenido en dicha escritura. Este cargo parece consistir en que el Tribunal no miró en la escritura 62 citada un contrato por el cual la señorita Caicedo se desapoderara a favor de su hermano Primitivo de los derechos que éste le había trasferido por la escritura 413 en el fundo de "Pachindo". Este cargo ya está contestado al tratar del error de hecho en que dice el recurrente incurrió el sentenciador, al estudiar los contratos contenidos en la escrituras 413 y 62 mencionadas.

El Tribunal para mayor abundamiento y como refuerzo de su sentencia, supuso que la catorceava parte en el fundo de "Pachindo" le fue adjudicada al señor don Primitivo Caicedo como una dación en pago, y en este supuesto resolvió el problema jurídico dando aplicación a los artículos 1875 y 752 del C. C. Esta apreciación del Tribunal la combate el recurrente diciendo que don Primitivo Caicedo no le trasmitió a la señorita Rosario el dominio a una cuota de él en la finca de "Pachindo", sino el derecho de herencia trasmitido por su padre.

Basta recordar, para desechar el cargo, los términos que se usaron en la escritura 413, para llegar a la convicción de que el doctor Primitivo Caicedo lo que

le vendió a su hermana fue el derecho que como heredero de su padre José Caicedo Chavez le correspondiera en el fundo "Pachindo" y no el derecho de herencia en abstracto, porque en la venta se especificaron los efectos de que se componía ese derecho (art. 1967 del C. C.).

Igualmente el Tribunal, sin que tuviera necesidad de ella para sustentar su fallo, conceptuó, por vía de suposición, que al adjudicar la catorceava parte en el fundo de "Pachindo" a don Primitivo Caicedo, esa adjudicación podría considerarse como una dación en pago sin que ello implicara un enriquecimiento sin causa ni para los herederos del señor Caicedo Chavez, ni para la señorita Rosario Caicedo.

Sobre estas apreciaciones del Tribunal, hace largas observaciones el recurrente para demostrar que el Tribunal cometió graves errores, que el recurrente gradúa de errores de lógica.

Es innecesario entrar a rebatir las tesis del recurrente, porque dado por sentado que en ellas tuviera razón, sus objeciones no serían bastantes para casar el fallo, porque éste se basa, como se recordará, en que la señorita Rosario adquirió definitivamente la catorceava parte del fundo de "Pachindo", que antes de la partición le había vendido su hermano Primitivo, porque éste adquirió por esa partición el dominio de esa cuota y ella se entiende radicada en el patrimonio de la señorita Rosario desde el momento en que don Primitivo Caicedo hizo la tradición de esos derechos por medio de la escritura 413 de 1º de agosto de 1912, y de acuerdo con el artículo 752 del Código Civil, advirtiendo que los derechos vendidos por el doctor Primitivo a su hermana son cosas incorporales y que esa venta encuadra perfectamente bien en el artículo 752 mencionado.

Esta tesis jurídica está respaldada con los fallos de esta Corte, como puede comprobarse leyendo la sentencia de casación de 31 de agosto de 1933, T. XLI, número 1895, que en sus partes pertinentes reza: "Y ciertamente, si por la cesión del derecho hereditario, el heredero se desprende de sus derechos en la sucesión, al verificarse la partición y adjudicacarse en ella una hijuela cedente y por no haber comparecido el cesionario, no se ve motivo para desconocer que la hijuela, en la cual se concretaron los derechos del cedente, consolida retroactivamente en el cesionario esos derechos, una vez registrados". "Luego quien crea, como el Tribunal, que el registro de las hijuelas en que se adjudican derechos de dominio en el inmueble a los cedentes, hizo a éstos dueños de semejante derecho, ha de admitir también que en virtud de esta adquisición de los cedentes, la trasmisión al cesionario se efectuó desde la tradición de los derechos hereditarios, con arreglo al artículo 752 del Código Civil. Por no admitir esta conclusión, el Tribunal ha infringido el citado artículo 752 y debe ser infirmado el fallo....."

Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

I. No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto de fecha seis de junio de mil novecientos cuarenta.

II. Se condena en las costas del recurso al recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Liborio Escallón—José Miguel Arango. Isaías Cepeda—Ricardo Hinestrosa Daza. Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE SIMULACION Y ACCION DE NULIDAD

Son sustancialmente diferentes, como lo ha dicho la Corte en numerosas sentencias, las acciones de simulación y de nulidad. La acción o excepción de simulación consiste en hacer prevalecer entre las partes obligaciones o efectos jurídicos de un contrato oculto, sobre lo estipulado ostensiblemente entre las mismas partes, en atención a que el contrato privado u oculto envuelve la verdadera y real voluntad de ellas y sin perjuicio de terceros.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. — Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de libelo fechado el 31 de marzo de 1936, adjudicado en repartimiento al Juzgado 3º Civil de este Circuito de Bogotá, Juan Bautista Neira, en su propio nombre, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía al Banco de Londres y América del Sud, representado por su Gerente, y a Pedro Ignacio Uribe U. y María Teresa Uribe U. para que en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 2276 pasada ante el Notario 4º de Bogotá el 25 de octubre de 1930, por el cual María Teresa Uribe U. aparece vendiendo al Banco de Londres y América del Sud, el predio de "Paloquemado", ubicado en el Barrio de San Victorino de esta ciudad, dentro de los linderos señalados en la cláusula tercera de ese instrumento;

"b) Que por consecuencia de la nulidad cuya declaración se pide en el punto a), no ha salido del patrimonio de los demandados don Pedro Ignacio Uribe U. y la señorita María Teresa Uribe U., sino que pertenece en pleno dominio a éstos en común y proindiviso el predio de 'Paloquemado' con todas sus anexidades y servidumbres, ubicado.....;

"c) Que como consecuencia de la declaración que se pide en el punto que inmediatamente precede, el Banco de Londres y América del Sud debe restituír, dentro del plazo que ese Juzgado señale, a don Pedro Ignacio Uribe U. y señorita María Teresa Uribe U. el predio de 'Paloquemado' por los linderos ya expresados;

"d) Que se libre orden al señor Notario 4º del Circuito de Bogotá para que cancele en la matriz el instrumento número 2276 otorgado en esa Notaría el 25 de octubre de 1930 y al señor Registrador de Bogotá para que cancele la inscripción de la referida escritura número 2276;

"e) Que los demandados sean condenados al pago de las costas procesales si se opusieren a esta demanda".

Según se deduce de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la demanda, la causa de la nulidad cuya declaración se impetra se hace consistir en que el contrato recogido en el instrumento escriturario del 25 de octubre de 1930 fue simulado porque la compraventa aparente que en él se hizo constar fue destruída por las estipulaciones que los mismos contratantes consignaron en relación con ella en documento privado suscrito por ellos en la misma fecha, en forma que la propiedad del predio de Paloquemado no salió en realidad del patrimonio de los demandados Uribe U. El demandante Juan Bautista Neira ha iniciado la acción de simulación en su condición de acreedor de los precitados demandados por valor de servicios profesionales de abogado, se-

gún documento traído a los autos, suscrito en el mes de septiembre de 1931.

Las siguientes afirmaciones del actor no dejan duda al respecto: "La demanda procura que se declare la nulidad absoluta por simulación, del contrato escriturario de que da cuenta la escritura pública número 2276, celebrado entre el Banco de Londres y América del Sud, por una parte, y los señores Pedro Ignacio Uribe U. y María Teresa Uribe U. por la otra.

"La demanda sostiene que el contrato privado de 24 de octubre de 1930 le quita al escriturario del instrumento número 2276 sus caracteres esenciales, por lo cual éste no puede existir como contrato de compraventa, sino que a través suyo aparece un contrato o un conjunto de contratos que no pudieron traspasar al Banco la propiedad de Paloquemado, la cual, por lo mismo, debe estimarse como haciendo parte del patrimonio de los demandados Uribes".

"Sea que se admita la hipótesis sustentada por eminentes tratadistas nacionales de que la simulación produce nulidad absoluta, sea que se admita que la nulidad no es consecuencia de la ficción, sino que entonces hay un fenómeno jurídico distinto, la simulación, en la mayoría de los casos destruye la validez del acto contrato simulado. En una y otra hipótesis se impone concluír que en mi condición de acreedor, tengo interés legal en demandar la simulación de este contrato escriturario celebrado por mis deudores, y que me causa detrimento".

El Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva de 8 de mayo de 1937, desató el primer grado del pleito en forma totalmente absolutoria para los demandados y condenó al actor en las costas de la instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el fallo del Juzgado, en sentencia de 2 de marzo de 1940, en la cual confirmó la absolución de la parte demandada, pero dijo reformar la sentencia recurrida en el sentido de declarar que los Uribes U., demandados junto con el Banco de Londres y América del Sud, habían pasado a ser demandantes junto con el actor Juan Bautista Neira.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpusieron recurso de casación Pedro Ignacio y María Teresa Uribe y Juan Bautista Neira. Concedido por el Tribunal el recurso, la Corte, al estudiar su admisibilidad, rechazó el interpuesto por los Uribes U. por carencia de interés jurídico y solamente admitió el del demandante Neira. Las razones de esta decisión quedaron consignadas en los autos de junio 14 y julio 9 de 1940 (G. J. T. XLIX, pág. 517), en que se estudió y desaprobó la curiosa declaración del Tribunal que invirtió inexplicablemente la posición de las partes litigantes durante el litigio.

El recurso que hoy se decide, pues, por estar legalmente preparado, es el interpuesto por el demandante Juan Bautista Neira contra la sentencia del Tribunal, aprobativa de la del Juzgado del Circuito en cuanto negó las súplicas sobre simulación formuladas por Neira, como acreedor de los Uribes, del contrato de compraventa celebrado por éstos con el Banco de Londres y América del Sud.

De la sentencia acusada hay varias cuestiones que ninguna relación tienen con el punto sometido a decisión en el recurso, como son las referentes a interés en la acción, y personería del actor. En torno de la simulación, única materia sometida a consideración de la Sala, el Tribunal hizo la confrontación de los dos contratos, el de compraventa en que los Uribes U. vendieron al Banco de Londres y América del Sud el predio de Paloquemado, constante en la escritura pública número 2276 de 25 de octubre de 1930, traída a los autos en copia registrada, y el privado, suscrito por los hermanos Uribe U., el Banco y Jorge Gaviria Echeverri en la misma fecha, sobre urbanización del predio y otras estipulaciones, probado por la

confesión hecha en posiciones absueltas por el Gerente del Banco, y de la confrontación de estas estipulaciones contractuales dedujo la inexistencia del fenómeno jurídico de la simulación porque no encontró que lo convenido en el contrato privado le reste en ninguna forma eficacia al contrato de venta perfeccionado en el instrumento público, de modo que ambos pueden subsistir completamente porque lejos de excluírse, se complementan.

EL RECURSO

La acusación contra el fallo del Tribunal se apoya en el primero de los motivos de casación que enumera el artículo 520 del C. J., y sus fundamentos y cargos, extractados de la demanda en su mayor parte destinada a tratar asuntos ajenos al recurso, se pueden compendiar así:

El Tribunal incurrió en error de hecho evidente al limitarse a analizar la escritura pública número 2276 del 25 de octubre de 1930 desvinculándola del convenio secreto firmado por los contratantes el mismo día y de las pruebas que demuestran la ejecución de este pacto oculto, por lo cual violó los siguientes preceptos legales sustantivos: el artículo 1849, que define la compraventa, al tener como tal el contrato público en que no hubo intención de transferir ni de adquirir el dominio; el 1928, que establece como principal obligación del comprador pagar el precio; el 1759, que reduce a los interesados la fe plena de las declaraciones hechas en instrumento público; el 1766, al aceptar que las relaciones jurídicas de los contratantes demandados se rigen, en relación con terceros, por la escritura pública y no por el contrato secreto del instrumento privado simultáneamente celebrado por ellos y cuya existencia está aceptada en la sentencia; el 669, que define el derecho de dominio, al aceptar que las dos convenciones, la pública y la secreta, se complementan.

Afirma el recurrente que el sentenciador incurrió también en error de hecho evidente al apreciar las cláusulas del convenio privado celebrado entre los Uribes y el Banco de Londres y América del Sud al señalarles móviles y causas que no están de acuerdo con la naturaleza de sus estipulaciones y que al proceder así violó indirectamente los artículos 1602, 1603, 1618, 1620, 1621, 1622 y 1624 del C. C.

Y, finalmente, formula contra la sentencia el cargo de violación de los artículos 2653, 2673 y 2764 del C. C. por haber estimado el Tribunal la escritura referida número 2276 sin la nota que pruebe haber sido registrada en el Circuito de Guaduas, como correspondía por ubicación de los inmuebles que aparecen transferidos por el Banco a los Uribes.

Se consideran los cargos.

Es procedente advertir en primer término que el pedimento sobre nulidad absoluta que contiene la demanda no se encamina, como correspondería propiamente en una acción de nulidad, a destruír el acto jurídico considerado como verdadero y serio, contenido en el instrumento público a que se refiere, por ilicitud de la causa o del objeto, por incapacidad absoluta de alguno de los contratantes, o por omisión de alguno de los requisitos o formalidades que la ley prescribe para su validez, sino que tal solicitud, como inequívocamente ha sido aclarada por el mismo demandante, persigue, bajo una denominación técnicamente equivocada, la declaración de que el contrato de que da cuenta esa escritura es simulado, y oculta otra convención que es la que realmente vinculó la voluntad de sus otorgantes. El problema del pleito se ha planteado en el campo de la simulación contractual. Así se ha demandado. En este plano lo estudió y sentenció el Tribunal, y así está sometido a la consideración de la Corte.

"Negocio simulado —lo ha dicho y repetido esta Sala— es el que tiene aspecto contrario a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de

dos actos, uno visible y el otro invisible. El privado suprime, adiciona, modifica y desvía los efectos del público, y en el lenguaje de la Corte se llama contraestipulación". (G. J. Tomo XLIV, página 167). "Consiste la acción o la excepción de simulación en hacer prevalecer entre las partes las obligaciones o efectos jurídicos de un contrato oculto, sobre lo estipulado ostensiblemente entre las mismas partes, en atención a que el contrato privado u oculto envuelve la verdadera y real voluntad de ellas y sin perjuicio de terceros..." (G. J. Tomo XLIII, página 829).

El actor en este caso ha afirmado, con el interés que le da su calidad de acreedor de los Uribes U., aspecto éste no debatido en casación, que el contrato que consta en la escritura pública 2276 del 25 de octubre de 1930, por medio del cual aparece que Pedro Ignacio Uribe y su hermana María Teresa venden al Banco de Londres y América del Sud el inmueble de Paloquemado, es ficticio, sus declaraciones carecen de contenido volitivo y es una mera exterioridad engañadora, porque ellos mismos, en esta propia fecha, suscribieron otro contrato ocultamente, la contraestipulación del aparente, destinado a alterar o modificar lo pactado en la escritura pública en forma que la propiedad de la finca no salió en realidad del patrimonio de sus deudores, donde quiere aprovecharla como prenda general de sus obligaciones. Se acoge, pues, en la dualidad opcional que corresponde a los terceros, al acto secreto cuya prevalencia pide.

El instrumento contentivo del pretendido contrato simulado se trajo a los autos por el actor en copia auténtica registrada en la oficina del Circuito de Bogotá; y en cuanto a la convención que se dice secretamente pactada como contraestipulación, el demandante inició acción exhibitoria contra el Banco y contra Pedro Ignacio Uribe, poseedores de sendas copias. Establecido en la articulación la existencia de los documentos en manos de los demandados para su exhibición, el demandante, cuyas pretensiones en el pleito se vieron coadyuvadas por los demandados Uribes contra el Banco, desistió de la acción exhibitoria manifestando que ya no era necesaria porque el Gerente del Banco había confesado la existencia de las contraestipulaciones en las posiciones que absolvió y en las cuales es curioso anotar que se copian textualmente en forma de preguntas cláusulas aisladas del documento de cuya exhibición desistió quien aspiraba a hacer prevalecer su realidad jurídica acogiéndose a sus estipulaciones. Seguramente la apreciación integral de este instrumento privado habría iluminado mejor el debate judicial en torno del fenómeno de la pretendida simulación; pero sólo en forma fragmentaria se puede conocer por voluntad de quien lo alega como acto privado prevalente, y este punto de la prueba de la contraestipulación tampoco es materia de recurso.

Situadas así las cosas, precisa confrontar el contrato de la escritura pública con lo probado del que se llama secreto, para dar base a consideraciones sobre simulación.

El contrato impugnado por simulación está contenido en la escritura pública número 2276 del 25 de octubre de 1930, Notaría 4ª de Bogotá, en cuyas cláusulas consta: que Pedro Ignacio Uribe, en su propio nombre y como apoderado de su hermana María Teresa Uribe venden al Banco de Londres y América del Sud el potrero llamado Paloquemado, ubicado en el barrio de San Victorino de esta ciudad, por los linderos que se expresan, por el precio de $ 104.912.68, que el Banco paga así: $ 45.000 moneda corriente en que se estiman las propiedades que el Banco de Londres y América del Sud transmite a los Uribes, como parte de precio consistentes en la finca de La Esperanza, compuesta de dehesas, plantaciones, arboledas, casas, maquinarias, herramientas, ubicada en el municipio de Guaduas, por los linderos que se expresan; dos casas en la misma ciudad de Guaduas, una zona de terreno, en la misma ubicación, que

hizo parte de la hacienda de El Delirio, y la empresa de la planta eléctrica de la citada ciudad; y $ 54.912 en oro colombiano acuñado a que asciende en ese día, por capital e intereses, el crédito hipotecario que grava el inmueble de Paloquemado a favor del señor Habacuc Calderón, más otros dos créditos personales a cargo de José Barragán Sandino por $ 4.000, y otro a cargo de Jorge Gaviria Echeveri, por $ 3.000, que siguen vigentes en todo pero a favor del Banco de Londres a cuyo favor los cede el acreedor Habacuc Calderón. Se dice en el instrumento que ya se han hecho los otorgantes entrega material de las propiedades que recíprocamente se transmiten. Habacuc Calderón firma la escritura porque tenía embargada la finca ejecutivamente y porque concede prórroga del plazo de su crédito hipotecario al Banco, que acepta expresamente el gravamen hipotecario sobre el predio que compra por la suma que se indica y se reserva el derecho de pagar a Calderón en cualquier tiempo.

Es verdad procesal que el mismo día del otorgamiento de la escritura de compraventa a que se acaba de hacer referencia celebraron Pedro Ignacio Uribe, María Teresa Uribe, Jorge Gaviria Echeverri y el Banco de Londres y América del Sud un contrato que hicieron constar en documento privado, y que en concepto del actor es la convención secreta o contraestipulación de la escritura pública en el mecanismo de la simulación que ha demandado. En este contrato, a la exhibición de cuya prueba documental renunció el demandante, y según las cláusulas que a pesar de esto transcribe desordenada e incompletamente en su interrogatorio de posiciones al Gerente del Banco demandado, resulta que se convino principalmente en lo siguiente: el Banco, como dueño de Paloquemado, se propone urbanizar el potrero para venderlo por lotes y aplicar su producto al pago y reembolso de lo siguiente, por su orden: capital e intereses hasta el día del pago de la obligación hipotecaria a favor de Habacuc Calderón; gastos de todo orden y sus intereses hasta el día del reembolso que el Banco haga para realizar la urbanización, limitando su obligación de gastar a $ 10.000; $ 45.000 en que se aprecia la hacienda de La Esperanza o Loma Redonda, cuya propiedad transfirió el Banco a los Uribes como parte del precio de Paloquemado; $ 5.000 que el Banco les dio en dinero también como parte de ese precio; y $ 50.000 en que Jorge Gaviria Echeverri queda comprometido a comprarle al Banco, si éste así lo quisiere, en el término de dos años, un terreno con su caballeriza y ocho tiendas accesorias situado en la carrera 13 en la esquina con la calle 9ª, cuya numeración y linderos se determinan. Una vez que con el producto de la venta de lotes el Banco haya hecho los pagos y se haya reembolsado de las indicadas cantidades con sus respectivos intereses al 1 por 100 mensual, con capitalización semestral, y de cualquier otro gasto en que haya incurrido el Banco por estos motivos y por urbanización, transpasará el terreno excedente o lotes que no se hubieren vendido por el Banco o las sumas que perciba por ventas posteriores de lotes a Jorge Gaviria Echeverri, pues los Uribes lo designan como la persona a quien debe hacerse la enajenación del excedente, por convenio entre ellos celebrado. Gaviria Echeverri podrá pagar al Banco en cualquier tiempo la suma de que de acuerdo con el contrato no se hubiere reembolsado el Banco para que se le escrituren los lotes de la urbanización no vendidos hasta entonces y se le endose el valor de las acreencias que por cuenta de la urbanización tuviere el Banco, sin responsabilidad alguna para éste.

Del cotejo y confrontación de las estipulaciones contenidas en la escritura pública y en el documento privado, que acaba de sintetizarse, se desprende claramente la conclusión obvia de que carece completamente de fundamento la tesis sostenida por el actor, con igual mala fortuna en los dos grados del juicio, de que "el contrato privado adicional al de venta

—como dice la sentencia del Tribunal— le quita a esta sus caracteres esenciales, por lo cual no puede existir tal compraventa, sino que a través suyo aparece un contrato o un conjunto de contratos que no pudieron traspasar al Banco la propiedad de Paloquemado, la cual, por lo mismo, debe estimarse como haciendo parte del patrimonio de los Uribes". No es posible en efecto, estructurar jurídicamente con estos elementos ninguna especie de simulación contractual, que implica el nacimiento simultáneo, dentro de un negocio único, de dos declaraciones de voluntad que se neutralizan o destruyen, o modifican o alteran recíprocamente, una, la mentirosa, un convenio manifiesto, y la otra, la verdadera, en una convención secreta. En este caso se trata de dos contratos diferentes, ambos públicos y principales, en uno de los cuales interviene una persona que es tercero en el otro. En los dos se enlazó realmente la voluntad de los contratantes para producir efectos jurídicos diferentes que no se destruyen ni alteran entre sí, y que, por contrario, requieren indispensablemente para su validez la coexistencia de las dos convenciones. En el contrato constante en el documento privado no hay nada que pueda significar una limitación del dominio del Banco sobre el predio de Paloquemado, para cuya urbanización y venta de lotes requería precisamente ser dueño. Por el contrato privado no se propusieron los contratantes destruir la realidad jurídica del contrato de compraventa. En varios pasajes del expediente los demandados Uribes, que a última hora, con el consentimiento del Tribunal pasaron a reforzar la parte actora, han afirmado que ellos nunca tuvieron la intención de simular el contrato de la escritura pública, y es bien sabido que para la simulación se necesitan consentimiento y voluntad.

Por el planteamiento del pleito, las consideraciones anteriores respecto de simulación son las únicas procedentes para decidirlo, y el único aspecto en que puede tener intervención con interés legítimo el demandante Neira. Todo lo demás a que incidentalmente se refiere la demanda, sobre si es o no un contrato de compraventa o de otra especie el celebrado en la escritura número 2276, o sobre si realmente se pagó el precio, son cuestiones impertinentes en el análisis del litigio y extremos jurídicos para cuya proposición carece de interés el actor que apenas lo tendría, como ya se ha dicho, en caso de que existiera la simulación, para hacer prevalecer el acto oculto sobre el aparente o público. Por lo demás, ni aun en el supuesto de que las estipulaciones del contrato privado fueron, jurídicamente hablando, contraestipulaciones del contenido en el instrumento público, se lograrían las pretensiones del actor, porque siendo obligatorias sus estipulaciones, no se produciría de acuerdo con ellas el acto de volver al patrimonio de los Uribes el inmueble de Paloquemado, que es lo que persigue el demandante. El tercero que aspira a invalidar por simulación un contrato de su deudor con otra persona no puede escoger sino entre los dos contratos que integran la simulación, de acuerdo con sus intereses: el público o aparente y el oculto o secreto. Para buscar otra solución es inconducente el medio técnico que ofrece la acción de declaración de simulación, confundida frecuentemente en sus alcances y origen con la acción de nulidad y con la llamada pauliana, cuyas características analógicas y diferenciales han sido expuestas en varias sentencias de esta Sala.

Las consideraciones que anteceden dan base para afirmar que el Tribunal no incurrió en los errores de apreciación probatoria de que lo acusa el recurrente al tener como estipulaciones seriamente convenidas las que rezan los dos contratos a que se ha hecho referencia, y que, por lo tanto, no es fundado el cargo de violación de las disposiciones sustantivas que se mencionaron antes.

Por lo que hace a la acusación por quebranto de los artículos referentes al registro, por no exhibir la copia de la escritura número 2276, la nota de haber sido registrada en la oficina de Guaduas,

de donde deduce el recurrente que el Banco no pudo trasferir a los Uribes las fincas dadas en parte de precio, se observa, en primer término, que contradictoriamente se ataca así como serio y válido, el contrato que se dice simulado, para lo cual no se ve bien claro el interés legítimo del demandante. Por otra parte, el mismo que ataca el instrumento en su valor probatorio por carencia de la nota de registro fue quien lo trajo al proceso con su demanda "en cuarta copia", y, por sobre todo esto, el punto que podría afectarse con esta informalidad, esto es, si los contratantes Uribes adquirieron las fincas que se les dieron como parte del precio de la venta, constituye un medio nuevo porque tal cosa no ha sido siquiera objeto de mención en las instancias, no es cuestión debatida o sub judice, y sólo ahora se ha propuesto en el recurso de casación ante la Corte, sin interés, además, en quien lo hace.

En capítulo final de la demanda de casación, bajo el epígrafe "Artículo 26 del Estatuto Nacional", acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por el motivo segundo del artículo 520 del C. J., y cita, innecesariamente porque la causal no lo requiere ni admite, varias disposiciones del código de procedimiento civil como violadas. Se hace consistir el cargo de inconsonancia entre las pretensiones oportunamente deducidas por el actor, con la sentencia, en que en la demanda se señaló a Pedro Ignacio Uribe y María Teresa Uribe U., como demandados junto con el Banco de Londres y América del Sud, y en la sentencia el Tribunal dice que los Uribes U. han sido parte demandante en el juicio.

Al calificar la admisibilidad del recurso de casación, como se recordó al principio de esta decisión, tuvo oportunidad la Sala de considerar el procedimiento del Tribunal que entonces calificó de insólito y desatinado, de alterar en la sentencia la calidad y posición de las partes militantes en el pleito; pero a pesar de la irregularidad injustificable que este cambio entraña, no da sin embargo fundamento al cargo que se estudia, porque la incongruencia a que se alude en la ley orgánica de la casación es la relacionada con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, esto es, sobre la parte propiamente petitoria de la demanda y su respuesta, acciones y excepciones, y lo comprendido por el sentenciador en la declaración que se considera no pertenece a esta calidad. La pretensión del demandante recurrente sobre declaración de simulación fue estudiada y analizada en la sentencia y sobre ella estatuye acertadamente el Tribunal, y la causal 2ª no comprende la sentencia que no condena a lo pedido en la demanda o desecha las pretensiones del actor y absuelve al demandado. Así, pues, si el fallo, como ha ocurrido en este caso, decide inequívocamente sobre las pretensiones del demandante, en su contra, no hay lugar a la causal que se considera. La equivocación del fallo de segunda instancia no afecta en nada los intereses ni las pretensiones del actor Neira, en forma que ni aun corrigiendo el error variaría en lo más mínimo su posición de vencido en el debate judicial. Podría pensarse por esto que hasta carece de interés legítimo para buscar la corrección de la sentencia acusada en parte que ningún beneficio le reporta y que exclusivamente se refiere a personas no representadas por el recurrente.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, **administrando justicia en Sala de Casación Civil y por autoridad de la ley, no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el dos de marzo de mil novecientos cuarenta, que ha sido materia de este recurso de casación.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la G. J. y devuélvase oportunamente al Tribunal de origen.

Liborio Escallón — José Miguel Arango — Isaías Cepeda — Fulgencio Lequerica Vélez — Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION PETITORIA DE QUE UN CONTRATO FUE DE MUTUO Y NO DE RETROVENTA — LIBERTAD CONTRACTUAL — DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS — SU INTERPRETACION POR EL JUZGADOR — SIMULACION — MUTUO DISFRAZADO DE RETROVENTA.

1.—Los artículos 15, 16 y 1602 del C. C. consagran el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen aquella libertad por motivos superiores de ética o de orden público. Bajo nuestro régimen jurídico la ley reglamenta ciertos tipos de contrato, lo cual no impide a la iniciativa individual celebrar convenciones distintas que satisfagan necesidades no catalogadas por el legislador. En tesis general puede observarse que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contratos, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija una interpretación diferente debido a su fin, específicamente articulado en la convención misma. Ya ha aceptado la Corte que en el cuerpo de una misma convención puede haber la combinación de diferentes tipos de contratos o prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos. Tal combinación puede ofrecer estas tres formas: 1ª unión de contratos, que puede ser simplemente externa, con dependencia unilateral o bilateral, o alternativa; 2ª contratos mixtos, que pueden ser generales, mixtos en estricto sentido o de doble tipo; y, 3ª contratos típicos con prestaciones de otra especie, que se caracterizan a veces en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo. Esta prestación de otra especie, subordina en apariencia al fin principal de la convención, pero contentiva en el fondo de otro pacto, bien puede en ocasiones tener tánta trascendencia para fijar y concretar la voluntad contractual predominante, o repugnar en forma tan manifiesta a la índole y naturaleza del contrato específico declarado, que tal cláusula o prestación por sí sola, da la clave de la intención y el móvil auténtico de las partes, muy distinto en ocasiones del aparente que fluye de las otras cláusulas del pacto típico celebrado. En esos casos se impone al juzgador interpretar debidamente tal intención y móvil contenido en la cláusula extraña o exótica de la convención, ya que de esa manera se puede alcanzar a precisar y conocer la verdadera causa o motivo que indujo a la celebración del contrato. Por ese proceso de hermenéutica científica, acorde con la misión que la ciencia de las pruebas asigna al fallador, se llega al conocimiento judicial de la voluntad de las partes y de la auténtica naturaleza y alcance de las prestaciones que resultan de la convención. —2.—Para que la simulación exista es necesario que aparezca como pactada una convención, con todos los elementos esenciales y naturales que la ley fija para su existencia jurídica, celebrada la cual viene a encubrir u ocultar otra de distinta índole que fue la querida por las partes y la que de manera efectiva pactaron, pero que no aparece allí y cuya existencia es indispensable demostrar con otros elementos probatorios traídos al proceso. —3.—Dentro de nuestro régimen contractual las partes conservan la libertad que les reconoce la ley civil para reglamentar sus pactos; en desarrollo de esa tesis se puede en ocasiones ejercitar el compromiso de retracto de una compraventa mediante el pago de una cantidad inferior al precio previamente pagado, sin que por esta sola circunstancia pueda deducirse algo contrario a la esencia de la compraventa. —4.—El contrato de hipoteca no puede inducirse por interpretación

o analogía, pues es un contrato real que afecta directamente a un inmueble y que se anota en el registro de los gravámenes de la propiedad inmueble.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Civil — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

1. De la escritura número 76, de 17 de enero de 1933, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, aparece que Nicolás Rozo, Teresa Rozo de Rozo, Aura María Rozo y Nieves Angel Pardo vendieron a María del Carmen Forero Angel, con pacto de retroventa por el término de tres años, las tres cuartas partes proindiviso de una casa alta y baja, de adobe y teja de barro, marcada en su puerta de entrada con el número 801 de la carrera séptima de esta ciudad, y comprendida dentro de los linderos que aparecen en el citado instrumento.

2. Los vendedores pretenden que la convención que en realidad se celebró fue la de mutuo con garantía hipotecaria del inmueble que aparece como vendido en la precitada escritura. De esta manera relatan lo ocurrido al enumerar los hechos de la demanda:

"1º En los primeros días del mes de enero de 1933 los suscritos demandantes discutimos con la demandada, en la oficina judicial de los doctores Domingo Sarasti y Guillermo Zarama, las condiciones de un contrato de mutuo, en virtud del cual la demandada nos prestaba la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, con hipoteca de las tres cuartas partes de la casa ubicada en esta ciudad, en la carrera séptima, y distinguida actualmente en su puerta de entrada con el número cuarenta treinta y cinco (40-35).

"2º Ese mismo día después de discutir los intereses y condiciones de pago del préstamo, se convino en que nos prestaba los dos mil pesos al interés del dos por ciento mensual, y exigiendo como garantía que en vez de la hipoteca, se estableciera una venta, con pacto de retroventa, en los términos que reza la escritura número 76, antes citada.

"3º Convenidas las cosas según los hechos anteriores, la demandada nos entregó la cantidad de dos mil pesos moneda corriente ($ 2.000.00) convenidos, se liquidaron los intereses del dos por ciento (2%) mensual durante los tres años del plazo para la retroventa, lo cual vino a dar un total de tres mil cuatrocientos cuarenta pesos ($ 3.440.00), más cuarenta pesos ($ 40.00) en dinero que nos entregó la demandada, ese mismo día 17 de enero de 1933, por lo cual aparece como precio de la venta la cantidad de tres mil cuatrocientos ochenta pesos ($ 3.480.00) cuya imputación es en resumen la siguiente":

"Capital prestado, dos mil pesos ($2.000.00); intereses de los dos mil pesos, en tres años del plazo, al dos por ciento (2%) mensual, mil cuatrocientos cuarenta pesos ($ 1.440.00); y cuarenta pesos en dinero ($ 40.00), según lo dicho antes".

En libelo presentado el 25 de febrero de 1937 los mencionados Nicolás Rozo, Teresa Rozo de Rozo, Aura María Rozo y Nieves Angel Pardo, demandaron por la vía ordinaria a la señora María del Carmen Forero Angel, suplicando como declaración principal que el contrato contenido en la escritura número 76, de 1933, por la cual los demandantes aparecen vendiendo a la demandada las tres cuartas partes proindiviso de la casa antes descrita, fue un contrato de mutuo, en virtud del cual prestó a los demandantes la cantidad de dos mil pesos moneda corriente, al interés del dos por ciento mensual y con plazo de tres años.

En forma subsidiaria presentaron también estas súplicas: a) que la demandada está obligada a retrovenderles la ca-

sa mediante el pago de la cantidad determinada, que asciende a tres mil cuatrocientos ochenta pesos; b) que está obligada a pagarles los perjuicios ocasionados, por no haber cumplido con la obligación de otorgarles la escritura de retroventa; c) que se fije el plazo dentro del cual la demandada debe cumplir con la obligación de otorgar la escritura de retroventa; d) que se oficie al Registrador de Bogotá para que cancele el registro de la compraventa contenida en la escritura número 76 de 1933; y e) que está obligada a pagar las costas del juicio si se opone.

Tramitada la primera instancia, como no se practicara prueba alguna de las pedidas por la parte actora, el Juez de la causa, que lo fue el Quinto Civil del Circuito de Bogotá, dictó fallo de primera instancia fechado el 11 de mayo de 1938, en el cual absolvió a la demandada de todos los cargos contenidos en el libelo.

En virtud de apelación de la parte actora subió el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que después de practicar las pruebas oportunamente pedidas por las partes pronunció sentencia de segundo grado el 8 de mayo de 1940, en la cual revoca la apelada y en su lugar declara acreditado que el contrato de compraventa con pacto de retroventa del inmueble a que se refiere la escritura número 76, es simulado; que en consecuencia el contrato realmente celebrado fue de mutuo con hipoteca por suma de dos mil cuarenta pesos al dos por ciento mensual y plazo de tres años, que venció el 17 de enero de 1936; que la demandada queda obligada a restituir a los actores, por concepto de frutos civiles producidos por el inmueble de que se trata, la cantidad de treinta y siete pesos con cincuenta centavos mensual, liquidados desde el treinta y uno de enero de 1934 hasta cuando se haga la entrega del inmueble; que la demandada tendrá derecho a llavarse los materiales de las mejoras útiles que a sus expensas haya hecho en el inmueble y siempre que al separarlos no ocasione detrimento a dicho bien; que se registre la sentencia a fin de que los deudores mutuarios readquieran el dominio que se simuló transmitir para constituir la caución real que deberá garantizar el mutuo; y como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se cancele la inscripción del registro y se condena a la demandada en las costas del juicio.

La sentencia acusada

Funda el Tribunal las anteriores declaraciones en las consideraciones que por su trascendencia pasan a transcribirse:

"Por las cláusulas octava y novena de la escritura citada número 76 de 17 de enero de 1933, disponen que si los vendedores, es decir, los demandantes, devolvían a la demandada la suma de los tres mil cuatrocientos ochenta pesos ($3.-480.00), antes de los tres años, la demandada estaba obligada a descontarles un dos por ciento mensual (2%) sobre esa suma, por todo el tiempo en que se anticiparan a la devolución".

"No hubo por parte de la demandada confesión de la simulación. Lo único escrito que se encuentra como prueba, al menos como principio de prueba por escrito, son las dos estipulaciones octava y novena, que podían en concepto del Tribunal ser complementadas con declaraciones de testigos".

"Decimos que tales cláusulas forman un indicio de que el contrato de compraventa fue simulado porque no tienen relación alguna con el resto del contrato que antecede y que reza la escritura: en efecto, ¿qué explicación congruente con el contrato de compraventa cabe a esas cláusulas? ¿Por qué la compradora asumió la obligación de reconocer una suma sobre toda la cantidad del precio que había pagado, para que los vendedores la descontaran cuando readquirieran y por todo el tiempo con que se anticiparan? Cuándo en el terreno corriente comercial y dentro de la honestidad de lucro acep-

table ocurre que si un individuo vende realmente a otro una cosa, si desea volverla a comprar tenga que pagar un precio menor? Los vendedores pudieron al día siguiente no más de la venta, haberse presentado a readquirir y haberse ganado en la operación un dos por ciento correspondiente a treinta y seis meses de anticipación. Es decir, que habían podido rescatar o readquirir el inmueble pagando no tres mil cuatrocientos ochenta pesos ($ 3.480.00), sino esta suma menos $ 1.400.00".

"¿Qué explicación se da a esto? Cómo se puede aceptar que la demandada, si el contrato era real, fuera a aceptar condiciones tan desventajosas, tan onerosas, atentatorias de su patrimonio?"

" La inestabilidad en el dominio para la compradora, desde luego que en cualquier tiempo, antes de los tres años, podían los vendedores retrocomprar, no era para que ella hubiera exigido más bien el pago de una prima, lo que suelen llamar los comerciantes un 'derecho de destrate' "?

En concepto del Tribunal la única explicación satisfactoria de esas cláusulas es la de que el contrato de compraventa encubrió uno real de mutuo y esta es la única interpretación cuerda que cabe a las cláusulas analizadas. Pero como éstas por sí solas serían insuficientes, entre las pruebas aducidas por los actores están las declaraciones de los abogados doctores Domingo Sarasti y Guillermo Zarama, quienes asesoraron a las partes durante la celebración del contrato y declaran contextes que en su oficina se acordaron las bases para el préstamo de dos mil cuarenta pesos que la señorita Forero Angel daba a los Rozos; que aunque no encontraron dificultad legal para que los Rozos hipotecaran los derechos y acciones de que eran dueños, no se hizo obligación hipotecaria porque la acreedora pidió una mayor seguridad para garantizar el préstamo, pero que lo que en realidad convinieron fue un contrato de mutuo, con interés del dos por ciento mensual, y esa fue la intención verdadera de las partes.

Termina la sentencia que al tenor de lo dispuesto por el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, tales declaraciones obran sobre el principio de prueba por escrito que constituyen las cláusulas octava y novena de la escritura, lo que induce al Tribunal a considerar acreditada la simulación.

El recurso.

Interpone recurso de casación el apoderado de la parte demandada y acusa la sentencia por estimarla violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea; también la tacha por no estar en ciertas partes en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Señala como violados una larga serie de preceptos legales integrantes del Código Civil, Código Político y Municipal y Código Judicial, amén de las leyes 153 de 1887 y 95 de 1890. Se pasa a hacer un extracto de las argumentaciones presentadas por el recurrente al fundar el recurso:

I. Violación de los artículos 1943, 1494, 1502, 1536, 1541 y 1545 del C. C.

Sostiene el recurrente que el término para intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años desde la fecha del contrato, luego estaba prescrita cuando se interpuso esta demanda. Como las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades, en los contratos o convenciones, y la compraventa contenida en la escritura número 76 es perfecta, porque no adolece de vicios ni le faltan las formalidades esenciales, el fallo acusado violó los preceptos legales que tales principios consagran al negarle validez al pacto celebrado. Bien sabido es que las obligaciones pueden contraerse en forma condicional y esa modalidad, siempre que esté conforme con la ley, deberá cumplirse fielmente; hay pruebas suficientes en los autos de que los actores Rozo no hicieron

uso del derecho de retrocomprar en la forma y términos señalados por la ley, y como en el fallo acusado se prescindió por completo de este aspecto de la cuestión, es indudable que se violaron las normas que tales condiciones estatuyen.

II. Violación de los artículos 966 y 1545 del C. C.

En los considerandos de la sentencia trata el Tribunal de justificar su posterior decreto sobre reintegro de frutos civiles y sobre separación de materiales usados en las mejoras útiles, calificando a la demandada como poseedora de mala fe. Sostiene el recurrente que ni en la doctrina ni en los autos puede admitirse esa teoría, que viene a ser una sanción o castigo, porque la mala fe no se presume y es un concepto abstracto que sólo con pruebas irrefutables puede achacarse a una persona. Si la mala fe no estuvo probada, la sanción que el Tribunal le impuso a la demandada en el punto c) de la parte resolutiva del fallo es arbitraria y violatoria de los preceptos antes relacionados.

III. Violación de los artículos 1602, 1603 y 1608 del C. C.

Al fundar este capítulo dice el recurrente que las causas legales para invalidar los contratos son muy restringidas y miran exclusivamente a la capacidad de las partes, a la licitud del objeto y de la causa o a las solemnidades de que debe rodearse. Fuera de esto, los contratos deben interpretarse y ejecutarse de buena fe. Si, pues, en el caso del pleito se celebró un contrato claro, solemne y preciso de compraventa con pacto de retroventa, tal convención debe cumplirse de buena fe y merecer el respeto y la protección del juzgador. Como la sentencia pretermitió la consideración y estudio de las normas precitadas, es claro que las violó al tener el contrato de compraventa como inexistente e inválido, cometiendo un error de hecho manifiesto al apreciar la naturaleza del contrato celebrado. Está demostrado que no hubo requerimiento judicial para el cumplimiento del pacto de retracto y por esa circunstancia la deudora y demandada no está en mora de cumplir la obligación de retrovender. En esa circunstancia, quienes estuvieron en mora de cumplir fueron los actores y no pueden ser favorecidos con un fallo que viola abiertamente el artículo 1603 antes mencionado.

IV. Violación de los artículos 740, 980, 1629, 1656, 1657, 1658, 1755, 1740, 1741, 1750, 1768, 1769, 1934, 1939, 1954, 2512, 2513, del C. C.

Se hace difícil seguir a todo lo largo el pensamiento del recurrente cuando intenta demostrar que la sentencia acusada viola toda esta serie de normas legales que reglamentan fenómenos tan diversos de la ley civil. Pero puede extractarse la argumentación del recurrente así: que al reconocer el fallo la simulación del contrato de compraventa, para sacar a luz el de mutuo con garantía real, violó el Tribunal todo ese vasto conjunto de preceptos que regulan el pago por consignación, el pacto de retroventa, la rescisión, la lesión enorme, el valor probatorio de los instrumentos públicos, la prescripción, la tradición, la posesión, presunciones legales, etc., etc. Sobre tales tachas se pronunciará la Corte al hacer el estudio de los cargos.

V. Violación de los artículos 1620, 1621 y 1622 del C. Civil.

El fallo acusado incurre en el vicio mental y dialéctico de dar por probado lo que precisamente no está, para luégo sacar la conclusión de que hubo un contrato simulado. El Tribunal falló con base en un indicio, cuando tal método le está prohibido por la ley y por una sana hermenéutica, que ordena condenar a base de pruebas inequívocas. El Tribunal olvida que las cláusulas de un contrato solemne deben interpretarse en un sentido de eficacia y no en aquel en que ningún efecto producen; de ahí que al proferir el fallo sin atender tales reglas de hermenéutica violó directamente los preceptos señalados.

VI. Violación de los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887.

Sostiene el recurrente que se han violado estos textos legales porque deben constar por escrito los actos o contratos que contengan obligaciones que valgan más de quinientos pesos y que no será admisible la prueba testimonial, en cuanto adicione o altere lo que se halle en un acto o contrato anterior de esa cuantía. Considera el recurrente que la sentencia violó los precitados artículos al darle validez y operancia a la prueba testimonial para demostrar la simulación de un contrato por cuantía mayor de la indicada.

VII. Violación de los artículos 329, 342, 343, 471, 593, 601, 607, 661, 666, 687, 688, 696, 697, 701, 703 y 704 del Código Judicial.

Considera el recurrente que esas normas procesales han sido violadas por la sentencia acusada por no haberse respetado los principios que ellas consagran relativos a la viabilidad de las excepciones propuestas, claridad y consonancia de los fallos, fuerza demostrativa de las pruebas indiciaria, testimonial y documental, valor de las presunciones, libertad de apreciación del juzgador, etc.

VIII. Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Dice el recurrente que cuando se celebró el contrato de compraventa regía esta norma legal que prohibía a las partes aprovecharse de su propio dolo, de manera que los demandantes no podían en el futuro prevalerse del engaño o de reservas mentales para destruír posteriormente y anular el acto que estaban suscribiendo. El hecho de que se hubiera dictado posteriormente la Ley 50 de 1936 en forma alguna autorizaba a las partes para pedir nulidades sobre contratos que se habían verificado y solemnizado muchos años antes. En esa circunstancia, considera el recurrente que no puede ser más palpable la violación del texto legal citado por parte del Tribunal, que oyó a los demandantes y dictó fallo a favor de éstos.

Estudio de los cargos.

— I —

Son impertinentes a este caso y no deben tener operancia alguna en este proceso los argumentos que expone el recurrente, en su demanda de casación, sobre el fenómeno de la nulidad absoluta y de sus efectos entre las partes y respecto de terceros. La simple lectura del libelo original de demanda demuestra que no se ha suplicado la nulidad del contrato contenido en la escritura número 76 de 1933, ya que en la primera y única súplica principal se pide de manera clara y nítida que se declare que el contrato a que se refiere dicho instrumento escriturario "**fue un contrato de mutuo en virtud del cual la demandada prestó a los demandantes la cantidad de dos mil pesos moneda corriente, al interés del dos por ciento mensual, con plazo de tres años**". (Subraya la Corte).

De manera que si lo pedido en la súplica principal anterior es la declaratoria de que se celebró un mutuo, aun cuando las partes quisieron darle la denominación de una compraventa, está bien incoada la acción por ese aspecto perseguido por el actor, como se demostrará más adelante, y no viene al caso estudiar los múltiples fenómenos de la nulidad absoluta, de los orígenes de los contratos y fuentes legales de las obligaciones civiles, de la mora, del pago por consignación, de la tradición, de la posesión, presunciones, etc., etc. Quiere esto decir que la mayoría de las numerosas citas que hace el recurrente, de preceptos de nuestro derecho positivo, son impertinentes al caso que se dilucida en casación, porque el Tribunal se limitó en su sentencia a acoger la única súplica principal, relativa a la declaratoria de que el contrato celebrado fue en realidad el de mutuo; y es sobre este tópico definido sobre lo que debe versar la acusación —en su faz primordial— para poder quebrar la sentencia acusada.

Ahora bien, como las demás súplicas

subsidiarias versan sobre la obligación por parte de la demandada de cumplir el pacto de retracto a que quedó sometida la venta, a la fijación de un término para su cumplimiento, al pago de perjuicios, etc., etc., sólo en el caso de que el fallo acusado fuera infirmado en su fondo y en su totalidad, por quedar destruídos todos sus soportes, sería la oportunidad de estudiar y decidir sobre tales tópicos, subordinados por su naturaleza al principal. Por eso pasa la Corte a estudiar el relativo a dicha petición principal.

— II —

El Tribunal falló este pleito declarando que era simulado el contrato de compraventa y, en consecuencia, hizo el reconocimiento del que consideró pacto oculto y de sus naturales prestaciones. Como este extremo fundamental viene atacado en casación en numerosos capítulos de la demanda, conviene pronunciarse cuanto antes sobre él. Se fundó el Tribunal para decretar la simulación del contrato de venta en las cláusulas octava y novena del instrumento número 76 de 1933, y en los testimonios de los doctores Domingo Sarasti M. y Guillermo Zarama V., amén de que también aceptó como presunción el hecho de que la compradora María del Carmen Forero Angel no tuvo en un principio la posesión material y el libre goce del inmueble vendido. Es la oportunidad de examinar esos elementose probatorios del proceso, para decidir si se pudo incurrir en error de hecho manifiesto o en error de derecho al apreciarlos el Tribunal.

Las referidas cláusulas son de este tenor:

"Octavo. Que vencido el término de los tres años fijados para la retroventa si los vendedores anteriormente mencionados no hicieren conjuntamente uso del derecho, la finca quedará de hecho de propiedad de la actual compradora señorita María del Carmen Forero Angel, sin que los vendedores tengan derecho alguno para reclamarla".

"Noveno. Si los vendedores ya citados hicieren uso del derecho para adquirir la finca, antes del vencimiento de los tres años fijados para la retroventa, se les rebajará del precio, el dos por ciento, por cada mes que falte para el completo de los tres años".

Los testigos Sarasti y Zarama deponen contextes, al tenor de la sentencia acusada, "que en el mes de enero de 1931 en esta ciudad, en la oficina que tenían ambos cita en la carrera 6ª con calles 10 y 11, se acordaron las bases sobre la prestación de dos mil cuarenta pesos ($ 2.040.00) que la señorita María Forero Angel como acreedora daba a los Rozos, demandantes, préstamo que aquélla hizo por conducto de la oficina de los declarantes; que lo convenido fue el contrato de mutuo, nunca el de venta; que aunque no encontraron ellos dificultad legal para que los Rozos hipotecaran los derechos y acciones de que eran dueños, vinculados en el inmueble de que se trata, no se hizo obligación hipotecaria porque la acreedora Forero Angel pidió mayor seguridad para el respaldo de lo prestado por lo cual se otorgó el contrato de compraventa con pacto de retroventa, pero que lo que en realidad convinieron las partes contratantes fue un contrato de mutuo o préstamo con interés del dos por ciento (2%) mensual. Que esta fue la intención verdadera de las partes. Que la póliza se extendió por tres mil cuatrocientos ochenta pesos ($ 3.480.00) pero que en realidad los mutuarios no recibieron sino dos mil ($ 2.000.00) por principal de préstamo y cuarenta pesos ($ 40) más para gastos escriturarios; que los intereses que debían devengarse en tres años fueron cargados al capital inicial; que nunca se habló de venta por parte de los Rozos, ni de compra por parte de la señorita María Forero Angel (fls. 7 y 27 cuaderno V.)".

Fuera de los anteriores elementos, también respaldó el Tribunal la conclusión del fallo acusado en que el apoderado de la demandada —doctor Sanz Mazuera— en la diligencia de inspección y avalúo

solicitó que se valoraran los frutos de la casa desde el 22 de marzo de 1937, en que el Inspector Municipal hizo entrega a la demandada de dicho inmueble, como consecuencia de la nulidad decretada en el juicio ejecutivo que siguió Francisco Peña contra la compradora Forero Angel. Parece deducir el Tribunal de esa manifestación que la vendedora no entró en posesión del bien raíz desde la fecha del contrato, como era de rigor tratándose de una compraventa, y que vino a ser el incidente del embargo en esa ejecución y la suspensión de éste lo que la puso en posesión y goce de la finca.

— III —

La Corte considera:

Ya se ha dicho por vía jurisprudencial que los artículos 15, 16 y 1602 del C. C. consagraron el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen aquella libertad por motivos superiores de ética o de orden público.

Bajo nuestro régimen jurídico la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide a la iniciativa individual celebrar convenciones distintas, que satisfagan necesidades no catalogadas por el legislador.

En tesis general puede observarse que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contratos, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija una interpretación diferente debido a su fin, específicamente articulado en la convención misma. (Véase sentencia de 31 de mayo de 1938, G. J. T. XLVI, número 1936, página 670).

Ya ha aceptado la Corte que en el cuerpo de una misma convención puede haber la combinación de diferentes tipos de contratos o prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos. Tal combinación puede ofrecer estas tres formas: 1ª unión de contratos, que puede ser simplemente externa, con dependencia unilateral o bilateral, o alternativa; 2ª contratos mixtos, que pueden ser generales, mixtos en estricto sentido o de doble tipo; y 3ª contratos típicos con prestaciones de otra especie, que se caracterizan a veces en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo. Esta prestación de otra especie, subordinada en apariencia al fin principal de la convención, pero contentiva en el fondo de otro pacto, bien puede en ocasiones tener tanta trascendencia para fijar y concretar la voluntad contractual predominante, o repugnar en forma tan manifiesta la índole y naturaleza del contrato específico declarado, que tal cláusula o prestación, por sí sola, da la clave de la intención y el móvil auténtico de las partes, muy distinto en ocasiones del aparente que fluye de las otras cláusulas del pacto típico celebrado.

En esos casos, se impone al juzgador interpretar debidamente tal intención y móvil contenido en la cláusula extraña o exótica de la convención, ya que de esa manera se puede alcanzar a precisar y conocer la verdadera causa o motivo que indujo a la celebración del contrato. Por ese proceso de hermenéutica científica, acorde con la misión que la moderna ciencia de las pruebas asigna al fallador, se llega al conocimiento judicial de la voluntad de las partes y de la auténtica naturaleza y alcance de las prestaciones que resultan de la convención.

— V —

Si se aprecian con detenimiento los elementos probatorios antes citados, se llega al extremo de que el Tribunal sí incurrió en error de hecho manifiesto en la interpretación de su contenido y de la intención de las partes, porque en el instrumento público número 76 de 1933 y en el contrato que aparece en éste celebrado no se encuentra en realidad configurado el fenómeno de la simulación. Al efecto, para que la simulación exista es necesario que aparezca como pactada una convención, con todos los elementos esenciales y naturales que la ley fija para su

existencia jurídica, convención que de esa manera celebrada viene a encubrir u ocultar otra de distinta índole, que fue la querida por las partes y cuya existencia es indispensable demostrar con otros elementos probatorios traídos al proceso.

Pero se repite que tal fenómeno de simulación no ha ocurrido en el contrato que está **sub-judice**, ya que si bien es cierto que se le dio equivocadamente ese nombre de compraventa, basta interpretar en su verdadero alcance y significado la cláusula novena de la escritura para concluír que lo que las partes quisieron y en realidad celebraron fue un mutuo, interpretación ésta confirmada, por lo demás, por las restantes pruebas antes mencionadas.

Viene a robustecer esta interpretación que hace la Corte la consideración de que, al tenor del artículo 1501 del C. C., se distinguen en cada contrato las cosas que son de su naturaleza, de su esencia y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato. En armonía con estas consideraciones, es de la esencia de la compraventa la existencia del factor precio, y si se hace un análisis pormenorizado de la convención celebrada, fluye la consecuencia de que en ella no hubo precio, por la manera como quedó regulado ese elemento esencial en el contrato. Fácil es deducir la premisa de que la convención de compraventa no ha tenido nunca existencia jurídica, sino la de mutuo; y de ser esto así, no se está en presencia de una simulación, sino de un solo contrato de mutuo que fue en realidad el querido por los contratantes, aun cuando aparezca con el mero ropaje o la equivocada denominación contractual de otro.

Con el exclusivo objeto de alinderar debidamente estos conceptos agrega la Corte que dentro de nuestro régimen contractual las partes conservan la libertad que les reconoce la ley civil para reglamentar sus pactos; y que en desarrollo de esa tesis se puede en ocasiones ejercitarse el compromiso de retracto de una compraventa mediante el pago de una cantidad inferior al precio previamente pagado, sin que por esta sola circunstancia pueda deducirse algo contrario a la esencia de la compraventa. Pero en el caso de autos, la manera de determinar esa rebaja, mediante el descuento preciso del interés del dos por ciento por cada mes de anticipación, a tiempo que coincide la suma de los de todo el plazo con el principal afirmado por los actores, sí indica que el contrato fue de mutuo, como el Tribunal conceptuó.

Agréguese a lo dicho que si los vendedores Rozo hubieran querido acogerse a esa forma original de retroventa al día siguiente del contrato — a lo cual tenían perfecto derecho — quedaba por esa sola circunstancia obligada la compradora María del Carmen a hacerles nueva tradición del inmueble y a recibir la devolución del precio con deducción del dos por ciento mensual, liquidados en treinta y seis meses sobre el precio de la venta, que ascendió a tres mil cuatrocientos ochenta pesos ($ 3,480.00). Realizadas las respectivas operaciones aritméticas se tiene que la compradora Forero Angel debía reintegrarles la casa al día siguiente de la venta, mediante el reintegro de la cantidad de novecientos setenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 974.40), que es el saldo que queda a su favor del precio primitivo de la venta, hecha deducción de los intereses descontados en treinta y seis meses, a la rata mencionada, que ascienden a dos mil quinientos cinco pesos con sesenta centavos ($ 2,505.60). Salta a la vista que no hubo precio y la falta de tal elemento esencial induce a la Corte a concluír que tampoco hubo venta en esa negociación, sino un mutuo con todas sus características y factores esenciales (artículo 1.501 del C. C.). Lo celebrado por las partes fue un solo contrato, el de mutuo, en el que el dinero lo dio la demandada y lo recibieron los demandantes.

Consecuencia de lo dicho es que el Tribunal se equivocó en la apreciación de esos elementos probatorios al concluír en el aparte a) de la parte resolutiva de su fa-

llc que el contrato de compraventa era simulado, cuando en realidad de verdad se trata de un mutuo que contiene cláusulas relativas a otra convención. Igualmente incurrió en el mismo error cuando en el punto b) de tal fallo decidió que el pacto celebrado fue un mutuo con hipoteca. Al efecto, la hipoteca es un contrato accesorio y solemne que afecta de manera directa un inmueble al cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, propias o ajenas, y de ninguna de las estipulaciones de la escritura resulta que fuera intención manifiesta de las partes establecer un gravamen real sobre la cosa para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del mutuario. Y como una convención accesaria de esta índole tiene que fluír necesariamente de un acto de voluntad claro y expreso del constituyente, no le es dado al juzgador darle vida por interpretación o por analogía. Y esto, sin necesidad de argüir lo atinente a la anotación en el libro de registro, que no se realizó al celebrarse el contrato y era un requisito necesario.

Ahora bien, acogida esa decisión que guarda perfecta concordancia con la súplica principal y única, no es pertinente dentro de la técnica del recurso de casación entrar a estudiar y decidir sobre las peticiones subsidiarias del libelo, porque éstas se refieren todas a fenómenos inherentes al supuesto contrato de compraventa, tales como cumplimiento del retracto, plazo para hacerlo, perjuicios por no haberse cumplido el pacto de retroventa, etc., cuestiones todas que han quedado al margen del debate desde el momento en que se decide que lo pactado es en realidad un mutuo.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa parcialmente** la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día ocho de mayo de mil novecientos cuarenta, con el exclusivo objeto de modificar los puntos a) y b) y el f) de la parte resolutiva de dicho fallo. Los puntos a) y b) quedarán así:

a) y b):

Declárase que el contrato contenido en la escritura pública número 76, de diez y siete de enero de mil novecientos treinta y tres, de la Notaría Primera de esta ciudad, por la cual los actores aparecen vendiendo a la demandada las tres cuartas partes proindiviso de una casa alta y baja, marcada en la antigua nomenclatura con el número 801 y hoy bajo el número 40-35, de la carrera séptima, es un contrato de mutuo, en virtud del cual la opositora María del Carmen Forero Angel prestó a los actores Nicolás Rozo, Teresa Rozo de Rozo, Nieves Angel Pardo y Ana María Rozo, la cantidad de dos mil cuarenta pesos ($ 2.040.00) moneda colombiana, al interés del dos por ciento mensual, con plazo de tres años que comenzó a correr desde el 17 de enero de 1933, fecha del contrato.

Queda suprimido el aparte f) y en pie las demás declaraciones de la parte resolutiva de la sentencia mencionada.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas.

Liborio Escallón.—José Miguel Arango. Isaías Cepeda. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO NUMERO 155.

En la ciudad de Bogotá, a catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta, los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, doctores José Antonio Montalvo, Absalón Fernández de Soto y Campo Elías Aguirre, aprobaron el siguiente Acuerdo que el último redactó:

Para que la Corte exprese su parecer ha venido del Ministerio de Gobierno la solicitud del doctor Alejandro Galvis Galvis, quien, con apoyo en el artículo 58 de la Ley 94 de 1938, pidió que se cambiara la radicación del proceso que contra él se adelanta en Bucaramanga por los delitos de calumnia e injuria.

En el mencionado artículo 58 se trata solamente de aquellas infracciones legales "de la competencia del Juez Superior de Distrito Judicial", y como el conocimiento del hecho a que se refiere el doctor Galvis Galvis no corresponde a esos Jueces (artículo 45 **ibídem,** ordinal 1º), síguese que no hay lugar a considerar la gestión del peticionario. Por lo mismo, está de más el examen de las probanzas presentadas.

Así, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declara que no es el caso de emitir el concepto que quiso obtener el Ministerio de Gobierno en el presente asunto.

Cópiese el Acuerdo y remítase la documentación a dicho Ministerio.

Se firma el acta por los señores Magistrados y el suscrito secretario.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo—Absalón Fernández de Soto— Julio E. Argüello R., Secretario.

ACUERDO NUMERO 161

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, integrada por los doctores José Antonio Montalvo, Absalón Fernández de Soto y Campo Elías Aguirre, en Bogotá, hoy diez de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, le impartió su aprobación al siguiente Acuerdo que preparó el último de aquéllos:

El catorce de noviembre de mil novecientos cuarenta acordó la Sala que no era el caso de emitir el concepto que había pedido el Ministerio de Gobierno sobre el cambio de radicación del proceso que por calumnia e injuria se sigue en uno de los Juzgados del Circuito Penal de Bucaramanga contra el doctor Alejandro Galvis Galvis, mas éste, en memorial de primero de diciembre del año que acaba de citarse, dirigido al señor Ministro de Gobierno, solicita dos cosas, a saber:

"Primero. Que la Sala de Casación en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia

proceda por analogía al emitir su concepto o que dicte la correspondiente doctrina que lo fundamente.

"Segundo. Que el Ministerio de Gobierno revoque su Resolución número 1219 de 27 de noviembre del presente año, para ordenar en cambio el traslado del negocio".

El Ministerio ha dispuesto remitir la actuación a la Corte "en solicitud de nuevo concepto, antes de resolver la petición de revocatoria".

Ante todo la Sala explica que es obligación suya expresar su concepto favorable o adverso a la medida de que trata el artículo 58 de la Ley 94 de 1938, cuando se contempla el caso de uno o varios procesados por delitos de la competencia de un Juez Superior de Distrito Judicial; pero la Sala a la vez afirma que no se halla dentro de sus atribuciones la de opinar si un sumario o causa por infracción de la ley penal de que conozca un Juez de Circuito, debe o no adelantarse ante otro Juez de la misma categoría. Y, precisamente, fue ese el motivo por el cual la Corte se abstuvo —y se abstendrá— de rendir el concepto a que esta documentación se refiere.

Nada más claro y nada más ajeno al recurso de la interpretación que las palabras y el espíritu de los artículos 58 y 59 del Código de Procedimiento Penal.

El 58 ordena: "En cualquier estado del proceso y antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia, podrá el Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos de la competencia del Juez Superior de Distrito Judicial sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel donde se cometió el delito. Esta medida será tomada por el Gobierno, de oficio o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado. También podrá el Gobierno ordenar el traslado de un Distrito Judicial a otro, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave debidamente comprobada que exija cambio de clima o de residencia del inculpado".

Y el 59 estatuye: "En cualquier estado del proceso y antes de pronunciarse sentencia de primera instancia, podrá el Gobernador del Departamento, con aprobación del Tribunal Superior, disponer que un proceso se siga ante un Juez de Circuito del mismo Distrito Judicial, distinto de aquel que ha venido conociendo. Esta medida será tomada de oficio o a solicitud de parte cuando ocurran las circunstancias señaladas en el artículo anterior".

De suerte que dos son las reglas, muy precisas y diáfanas, para la materia que la Sala estudia. En una se hace intervenir al Gobierno y a la Corte si el negocio se relaciona con un delito que corresponde a los Jueces Superiores, y en la otra toman parte, tan sólo, el gobernador del Departamento y el respectivo Tribunal Superior, si del hecho delictuoso conocen los Jueces de Circuito.

Y como la competencia para juzgar los supuestos hechos que se atribuyen al doctor Alejandro Galvis Galvis pertenece de manera exclusiva a un Juez de Circuito, atender lo que aquél pide conduciría a que la Corte atropellara la Constitución y las leyes en forma ostensible, intepretando lo que está manifiesta e inconfundiblemente fijado en los artículos 58 y 59.

No es dable probar lo evidente porque la evidencia lleva en sí misma su demostración. Cómo razonar, entonces, para infundir la persuasión de que la Corte no "le dio una interpretación restrictiva al artículo 58 de la Ley 94 de 1938", artículo que no permite la más mínima duda acerca de su significado? Y cómo con-

vencer de que la Corte no **rehusó juzgar** "pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley"?.

Y de un lado distinto, cómo fue que se invocó la norma del artículo 8º, Ley 153 de 1887, que dispone aplicar las leyes que reglamenten casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y los principios generales de derecho, **cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido,** si para el caso controvertido está, aplicable exactamente, el art. 59 de la Ley 94 de 1938?

Ha padecido el solicitante una confusión que depende de haber olvidado que existe ese artículo 59. Y que lo olvidó se acredita con la lectura del siguiente párrafo: "Por otra parte no cabe aquí discutir que 'cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu', en relación con el artículo 58 de la Ley 94 de 1938 tantas veces citado, porque es innegable que tratándose de los juicios de competencia del Juez Superior, tal disposición no ofrece oscuridad 'para recurrir a su intención claramente manifestada en la misma o en la historia fidedigna de su establecimiento'. (Artículo 27 del C. C.). **Pero presentándose un caso diferente a aquel, en que no es el Juez Superior quien lo conoce, sino el de Circuito en lo penal,** conforme al artículo 47 de la Ley 94 de 1938, **no puede afirmarse que vaya a abandonarse el tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, por cuanto no hay ley exactamente aplicable al hecho planteado o por analogía controvertido. Puede, entonces, el Juzgador rehusar el conocimiento del asunto por la insuficiencia de la ley en no haberse referido también a los procesos de la competencia de los Jueces de Circuito?".** (Subrayó la Sala).

La Corte ni siquiera concibe que los Jueces y Magistrados del Distrito Judicial de Bucaramanga vayan a inferir un agravio funesto a la justicia, dejándose arrastrar por malsanas pasiones de rencor personal y de venganza política contra ningún reo.

Y el eminente ciudadano doctor Galvis Galvis quizás deba confiar, más bien, en que quienes son sus jueces sabrán juzgarlo de buena fe y con profundo respeto a las leyes, si no se consideran impedidos para conocer del asunto por grave enemistad.

Por tanto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia vuelve a declarar que se abstiene de dar su parecer en la gestión del doctor Alejandro Galvis Galvis, tendiente a que se le juzgue en un Distrito Judicial diverso del de Bucaramanga, por los delitos de calumnia e injuria que le imputó Carlos Julio Redondo.

Cópiese este Acuerdo y publíquese en la **Gaceta Judicial** junto con el número 155, de catorce de noviembre último, y envíese el expediente al Ministerio de Gobierno.

En constancia se firma el acta por los señores Magistrados y el suscrito Secretario.

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo—Absalón Fernández de Soto— Julio E. Argüello R., Secretario.

APLICACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD A UN DELINCUENTE QUE PADECE DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA

En la motivación la Corte desarrolla las siguientes tesis de carácter adjetivo, a la luz de las leyes anteriores a la 94 de 1938:

I. **En recursos de casación contra fallos de Tribunales Superiores sobre causas en que actuó el Jurado, cuando se invoca la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, no puede la Corte dictar auto para mejor proveer que afecte el veredicto.** (Con la práctica opuesta se desnaturaliza y se desconoce el veredicto, pierde entonces el Jurado su razón de ser, y como por lógica perfecta tendrían la misma facultad los Jueces Superiores y los Tribunales de Distrito Judicial, no por pecar contra la evidencia caerían las resoluciones del Jurado sino en fuerza de un auto para mejor proveer, recurso ilegal puesto al alcance de aquellos Jueces y Tribunales ya rendido el veredicto, auto que se dictaría bajo el fácil pretexto de una supuesta o una real cuestión dudosa, a fin de desvirtuar dichas resoluciones);

II. **El auto para mejor proveer es dictable solamente antes de pronunciar sentencia.** (Es porque así lo ordenan imperativamente los artículos 1715 del C. J. y 33 de la Ley 169 de 1896. Y es obvio que, probada la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, la sentencia de invalidación ha de contener, a la vez, la que debe reemplazarla, conforme al inciso primero del artículo 4º de la Ley 118. De donde se desprende la verdad jurídica de que el auto para mejor proveer, cuando es proferible, tiene que ser antes de la sentencia, para evitar la irregularidad de dos fallos);

III. **En casación el veredicto del Jurado sólo queda inexistente en cuatro contingencias, cuando se trata de recursos con apoyo en la Ley 118 de 1931.** (Las contingencias son las causales 2ª, 3ª, 5ª y en algunas ocasiones la 6ª. Las otras dejan intacta la resolución del Jurado);

IV. **Hallándose justificada la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, el veredicto subsiste y únicamente corresponde a la Corte modificar la pena impuesta.** (No es posible equiparar el fenómeno de **violación de la ley penal en la sentencia** y el fenómeno de **violación de la ley penal en la formación del proceso entero.** Si la sentencia es violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, la Corte no tiene otro oficio que **rectificar la penalidad impuesta con error,** acomodándola al buen entendimiento del Código de las penas. Por tanto, si el Tribunal aplicó un precepto del Código cuando debió aplicar otro; si estimó el delito en un grado diferente del que era menester; si dedujo varias penas por un solo hecho confundiendo el concurso ideal con el real, o si optó por la ley desfavorable, todo ello se concreta en la rectificación de la pena, sin tocar el veredicto. Pero si con intervención del Jurado se condenó a quien era excusable y no sujeto a pena alguna (art. 29 del Código de 1890), la causal pertinente no es la 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931: es la 3ª **ibídem,** ya que el excusable no delinque, y si no delinque no hay cuerpo del delito, a la luz del citado Código antiguo); y

V. **Qué debe entenderse por justificación de una causal de casación.** (La justificación es la plena prueba legal de uno cualquiera de los ocho casos del artículo 3º, Ley 118 de 1931, plena prueba que debe aparecer en el proceso. Por lo mismo, repugna traer al negocio con auto de mejor proveer la demostración de la causal que ya se tuvo como probada al invalidar el fallo).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, abril primero de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: Dr. Campo Elías Aguirre)

Como a la media noche del diez y seis de octubre de mil novecientos treinta y seis, en el paraje "La Honda" del municipio de Guadalupe (Distrito Judicial de San Gil), Benjamín Barrera Valencia dio muerte a Agustín Calderón.

Tuvo el hecho especiales condiciones de alevosa ferocidad, puesto que Barrera o Valencia sorprendió dormida a su víctima, en la propia cama de ésta, y así le clavó cincuenta y nueve veces un cuchillo.

"Al practicar la autopsia del cadáver de Agustín Calderón, expresan los peritos a fs. 2, encontramos lo siguiente: individuo bien conformado, de estatura pequeña, delgado y de unos cincuenta años más o menos, presentaba cincuenta y nueve heridas (59) causadas con instrumento cortante y punzante y situadas en el tórax, brazos y pierna derecha. Las heridas eran de diez y ocho milímetro a seis centímetros, y de las cincuenta y nueve quince eran esencialmente mortales y estaban situadas dos formando una ye (Y) en la región precordial cerca del borde izquierdo del esternón; tres en la región suprahepática sobre los cartílagos de la cuarta y quinta costillas derechas; tres en el apéndice xifoide del esternón; tres en el costado derecho; una en el flanco izquierdo y tres en la espalda en la línea escapular izquierda. Abiertas las cavidades torácica y abdominal se encontró el corazón con dos heridas del ventrículo izquierdo de dos centímetros cada una, que correspondían a las heridas en forma de ye (Y); ambos pulmones seccionados en diferentes partes; el hígado con tres heridas y el estómago con otras tres, y varias asas intestinales seccionadas igualmente con heridas de dos a cuatro centímetros más o menos. Por entre los labios de la herida del flanco izquierdo hacían hernia las asas intestinales y el peritoneo. Tanto en las cavidades pleurales como en la pericárdica y abdominal se encontró enorme derrame sanguíneo. Muchas de las otras heridas se encontraron en las manos y antebrazo y brazo izquierdo, como si hubiera tratado de esquivar los golpes. Dada la dirección casi perpendicular de las heridas a los planos del cuerpo, parece que las hubiera recibido estando acostado, y es posible que las primeras hubieran sido las de la línea escapular. Los demás órganos del extinto se encontraron en estado normal. Las heridas que no eran mortales hubieran causado un impedimento mayor de treinta días por lo numerosas y profundas, y habrían dejado como secuela defectos físicos de carácter grave por las numerosas secciones de tendones, músculos y nervios interesados. En nuestro concepto la causa de la muerte fue la hemorragia producida por las numerosas heridas, especialmente las del corazón, hígado, estómago, pulmones e intestinos, y debió ser la muerte instantánea".

Y a la sevicia que la necropsia revela añádase el insólito modo que para confesar el crimen emplea el matador en la indagatoria de fs. 6 v. a 7 v.: "El día viernes por que se me pregunta, como a eso de las seis de la tarde llegué a la casa que habito, de propiedad de Mercedes Calderón; estuve en compañía de la citada y de una hija de ésta, Mercedes, y otros niños de menor edad; a eso de las siete de la noche me acosté con todos ellos en un zarzo y como a media noche cuando cantaron los gallos y pudiéndome cerciorar que todos dormían profundamente, me levanté cautelosamente y sin hacer ruido de ninguna clase bajé del zarzo y salí afuera de la habitación y me encaminé al ranchito donde dormía Agustín Calderón, situado como a tres cuadras de allí; abrí la puerta del mencionado rancho con sumo cuidado, porque presentía se despertara Agustín y adelanté hacia la cama del mismo; saqué el cuchillo que portaba y me arrimé en puntillas al lecho donde dormía profundamente Agustín Calderón

y le asesté una puñalada en el pecho, pero el cuchillito dio probablemente en el hueso y se le rompió la patica; calculando que la primera no le había entrado bien le seguí dando una tras otra puñaladas en distintas partes del cuerpo, cegado por la rabia y rencor que guardaba con él y azuzado por el miedo, pues temía que se levantara o se despertara. Después que me cercioré que estaba muerto Agustín Calderón seguí a la segunda piecita del rancho y descolgué la peinilla y guarniel pertenecientes a Agustín Calderón y me retiré del rancho sin cuidarme de cerrar la puerta. Me dirigí seguidamente hacia el Puente de la Honda, que dista como diez cuadras del ranchito de Agustín con el objeto de esconder los objetos que había sustraído o sean la peinilla y el guarniel, los tiré hacia el lado izquierdo del camino siguiendo hacia el 'Puente de la Honda', y como a unas cinco cuadras del rancho donde cometí el asesinato. Regresé a la casa de Mercedes Calderón, subí al zarzo con gran cuidado y me acosté; hice todo lo relatado como en el término de una hora poco más o menos".

El alcalde instructor le pregunta luégo cuál fue el móvil del delito y contesta: "El objeto o mejor dicho la causa que me impulsó a cometer el crimen referido fue el rencor que le tenía a Agustín Calderón por haber reprendido más de una vez a mi querida Rosa María Ayala, que era su sobrina, y amonestaba a Rosa para que no viviera conmigo, porque yo era un vagabundo, y me amenazaba a mí a plan con la peinilla de veinticuatro pulgadas que cargaba, y me había insultado en varias ocasiones".

"El único autor del crimen fuí yo, sin que nadie me instigara a hacerlo y sin que yo se lo dijera a alguien", manifiesta Barrera o Valencia.

Y al inquirir el alcalde el por qué de haberse llevado la peinilla y el guarniel del extinto, el homicida dice: "Qué ocurrencia, habiendo muerto Agustín Calderón no necesitaba de esos objetos que me podían servir a mí".

El guarniel y la peinilla de Calderón los halló Claudio J. Rueda (8) en el lugar que indicara Barrera o Valencia. Rueda, que había ido a capturarlo, expone: "Inmediatamente me vio el individuo se puso pálido y esta palidez se pronunció más cuando le manifesté que estaba preso por haber dado muerte a Agustín Calderón. El confesó que lo había asesinado por rencor y que le había robado una peinilla y un guarniel y que estos objetos los había tirado al monte....."

Consolación Rodríguez dice a fs. 2 v.: "Hace veintidós días que hallándome en la casa de Mercedes Calderón, hermana del asesinado, encontrándose éste o sea Agustín Calderón y Benjamín Barrera, éste le decía a Calderón que se largara de ahí o si no lo picaba. Benjamín Barrera estaba disgustado con Calderón porque reprendía a una sobrina y que se llama Rosa Ayala porque estaba amancebada con Barrera".

Rosa María Ayala (4) asegura: "Mi tío era un individuo extremadamente pacífico y creo que no tuviera enemigos capital, si bien sospecho de Benjamín Barrera, quien vivía conmigo hacía ón, unos cuatro meses, y me había pr su to matrimonio; que no quise acepta der el temperamento neurasténico de cual había alegado con mi tío porque lo había reprendido y no habían congeniado".

Mercedes Ayala (4 v. y 5), otra sobrina de Calderón, también sospechó de Benjamín Barrera "por su mala índole".

Y Mercedes Calderón, hermana del muerto, declaró (6 v.): "Mi hija Rosa sospecha que el que lo asesinó fue un individuo que responde al nombre de Benjamín Barrera, a quien había reprendido Agustín por la clase de vida que llevaba con ella, y el individuo en referencia es de muy mala índole".

Ju-

Benjamín Barrera o Valencia fue sometido a juicio, y el Juez 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil, que reside en Socorro, apreció en el auto calificador la premeditación y varias circunstancias de asesinato, todo lo cual hizo necesaria la presentación al Jurado de los interrogatorios que mencionan los artículos 79, Ley 100 de 1892, y 47, Ley 169 de 1896:

"El acusado Benjamín Barrera o Valencia es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Agustín Calderón por medio de las heridas ocasionadas con arma cortante y punzante descritas en la diligencia de autopsia visible al folio 2, hecho que tuvo lugar como a las doce de la noche del diez y seis de octubre del año de mil novecientos treinta y seis, en la propia casa de habitación de la víctima, ubicada en la vereda de La Honda, de la jurisdicción municipal de Guadalupe?"

"El acusado Benjamín Barrera o Valencia ejecutó el hecho de que trata la pregunta anterior con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía, a mansalva y sobreseguro, sorprendiendo dormida, indefensa o desaperc[ibi]da a la víctima en el lugar del cri[men]?"

Unánimemente el Jurado afirmó cada [una] de las cuestiones.

Y aquí es preciso hacer notar que, a solicitud del Fiscal, compareció en el acto de la celebración del juicio el médico legista de Socorro, quien, previo estudio del reo, dictaminó de esta manera: "Por su aspecto físico, creo que su edad oscila entre unos veintisiete a veintiocho años..... Las funciones intelectuales de este individuo no corresponden a su edad, pues su discernimiento es incompleto y sus raciocinios no tienen una síntesis perfecta..... La tartamudez que sufre es en mi concepto congenital, o si caso adquirida en la infancia como consecuencia de alguna enfermedad, pero nunca a consecuencia de algún traumatismo, pues no hay señales recientes o antiguas de él..... El modo de razonar es de un débil mental o retrasado mental, es decir, el de un degenerado insuficiente intelectual y ligeras deformaciones físicas, pero nunca el obrar obedeciendo a sus instintos como sucede en los idiotas, pues ya se observó que tiene nociones de valores, tiempo y espacio, y que es físicamente un hombre fornido sin más signos degenerativos que su tartamudez y su cráneo un poco pequeño, y cuya debilidad de espíritu al decir de Tardieu no impide el cumplimiento voluntario y razonado de ciertos actos simples que no exigen ni vasta inteligencia ni largas reflexiones".

Sobre la base del peritazgo que rindió el médico legista, el Fiscal acusó a Barrera o Valencia como sujeto responsable, y el defensor sólo trató de demostrar que el homicida "carece en absoluto de facultades para planear con antelación un delito y darle desarrollo según determinado orden de ideas", concluyendo por pedir este veredicto: "Sí es responsable, pero sin premeditación".

El Juzgado Superior de Socorro, en fallo de veinte de abril de mil novecientos treinta y ocho, condenó a Barrera o Valencia, en su calidad de asesino, a la pena fija de veinte años de presidio y a las sanciones anexas del caso.

Por apelación del procesado conoció de la causa el Tribunal Superior de San Gil, y hubo de confirmar la sentencia con la única reforma de una de las penas accesorias.

Interpuesto el recurso de casación por el mismo condenado, ya el juicio en la Corte el señor Procurador delegado en lo penal escribió:

"Benjamín Barrera o Valencia interpu-

so recurso de casación contra la sentencia del H. Tribunal Superior de San Gil, fechada el 28 de julio del año pasado, que le impuso la pena de veinte años de presidio como reo de asesinato en la persona de Agustín Calderón.

"Prácticamente el recurso está desierto, porque el recurrente no ha enunciado causal alguna de casación, ni ha presentado un motivo digno de tenerse en cuenta para emprender un estudio de fondo ante la Corte.

"Con todo, la Procuraduría encuentra que el fallo de segunda instancia debe infirmarse. En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, este Despacho formula la demanda en los siguientes términos:

"Causal primera

'Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma'.

"Persigue la Procuraduría con esta causal que la H. Corte invalide la sentencia recurrida y dicte un auto para mejor proveer, a fin de establecer las condiciones personales de Benjamín Barrera o Valencia antes y en el momento del homicidio, ya que hay datos que ponen en grave duda su normalidad psíquica. Estos datos son:

"1º La gran ferocidad con que cometió el delito, pues le propinó a la víctima, mientras ésta dormía, cincuenta y nueve puñaladas, entre ellas quince esencialmente mortales.

"2º Su actitud contradictoria inmediatamente después de consumado el delito, al tomar la peinilla y el guarniel de la víctima con el objeto de servirse de ellos, según confiesa Barrera, y luégo arrojarlos hacia el lado izquierdo del camino por donde transitaba, sitio en que más tarde los encontró la autoridad por indicación del mismo acusado.

"3º Su notable insensibilidad moral mostrada en la indagatoria, en donde relató los hechos con lujo de precisión y sin preocuparse lo más mínimo de su causa ante la justicia.

"En la misma indagatoria se descubre también una gran desfachatez de parte de Barrera al contestar el por qué se llevó la peinilla y el guarniel del victimado, pues dijo: 'Qué ocurrencia, habiendo muerto Agustín Calderón, no necesitaba de esos objetos que me podían servir a mí'.

"4º Y lo contestado por el médico legista del Socorro, en el acto de la audiencia, sobre la persona del acusado, a saber: que las funciones intelectuales de Barrera no corresponden a su edad, pues su discernimiento es incompleto y sus raciocinios no tienen una síntesis perfecta; que sufre de una tartamudez congenital; que es un débil mental o un retrasado mental, es decir, un degenerado insuficiente intelectual, y que presenta ligeras deformaciones físicas y cráneo un poco pequeño.

"Al respecto cabe agregar que Rosa María Ayala, querida de Barrera, afirma que él es un 'temperamento neurasténico'. (Fs. 4) y Mercedes Ayala dice del mismo que es de 'mala índole'. (Fs. 4 vta.)

"Lo que quiere decir que es indispensable hacer un examen psicológico en persona del acusado sobre su constitució temperamento y carácter, para conocer personalidad innata y adquirida y po saber si el homicidio por él ejecutado Agustín Calderón obedeció a factores patológicos que desquiciaron sus planos instintivo, afectivo y mental. Este examen psiquiátrico, para que dé buenos resultados, debe practicarse por la Oficina Central de Medicina Legal de esta ciudad.

"Por tanto, la Procuraduría pide a la H. Corte, de manera respetuosa, que invalide la sentencia ameritada, del Tribunal Superior de San Gil, y dicte el auto para mejor proveer a que se ha hecho referencia".

La Corte, el diez y siete de octubre de mil novecientos treinta y nueve, en cei

do acuerdo con la petición de la Procuraduría, invalidó el fallo del Tribunal Superior de San Gil, dispuso el traslado del reo a Bogotá para el examen psiquiátrico por los médicos legistas de la oficina central, y terminó así: "Practicada la diligencia a que este auto se refiere, vuelva el proceso al despacho para dictar el fallo que ha de reemplazar al del Tribunal de instancia (Ley 118 de 1931, artículo 4º, inciso 1º)"

Los profesores peritos, después de una científica investigación, sentaron estas deducciones:

"1ª Benjamín Barrera o Valencia es un débil mental que presenta algunos estigmas degenerativos, como son su tartamudez acentuada y ligera asimetría facial.

"2ª Su edad cronológica actualmente es de unos treinta años, pero su desarrollo psíquico no es mayor del de un individuo de doce (12) años.

"3ª Además de ser un débil mental el examinado, no ha tenido ninguna educación, y ha vivido en un medio vicioso de las bajas esferas sociales, y muy poco propicio para tener modificaciones en sus tendencias y psiquismo.

"4ª Es un individuo de reacciones impulsivas, **altamente peligroso para la sociedad** (subraya la Corte), y cuyos frenos inhibitorios están muy disminuídos. Su capacidad de inhibir es muy imperfecta y limitada".

Ya cumplido el auto para mejor proveer y con una sentencia ejecutoriada de infirmación de la que pronunció el Tribunal Superior de San Gil, la Corte procede a fallar mediante las siguientes consideraciones:

En recursos de casación contra fallos de Tribunales Superiores sobre causas en que actuó el Jurado, cuando se invoca la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, no puede la Corte dictar auto para mejor proveer que afecte el veredicto.

El auto para mejor proveer, que no está previsto en la Ley 94 de 1938, se profería en materia penal con la autorización del artículo 33, Ley 169 de 1896, que reza: "La Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores pueden, antes de pronunciar sentencia, dictar, por una sola vez, auto para mejor proveer, con el objeto de aclarar los puntos que juzguen dudosos y que convenga esclarecer. Este artículo reemplaza los artículos 162 de la Ley 105 de 1890, y 18 de la Ley 100 de 1892".

Para los Jueces existía el precepto del artículo 1715 del antiguo Código Judicial: "Antes de dictar el Juez sentencia, puede practicar todas aquellas diligencias que juzgue convenientes para aclarar los puntos que encuentre oscuros o dudosos en el proceso".

El auto para mejor proveer, tratándose de la causal 1ª, es un paso que se opone a la naturaleza o índole especialísima de las causas en que el Jurado funciona, sencillamente porque así, con la nueva prueba recogida, que no la conocieron los jueces de hecho, se varía, se modifica, se introduce una desnaturalización quizá sustancial al veredicto, lo que a todas luces repugna a la esencia de la institución del Jurado, que pierde, entonces, su razón de ser, y se extralimita el campo de acción de dicha causal.

Y es la verdad. Si la Sala de Casación Penal de la Corte estuviese facultada para pronunciar esa clase de autos en tales negocios, también lo estarían por lógica perfecta los Jueces Superiores y los Tribunales de Distrito Judicial, con consecuencias alarmantes. No por injusticia notoria caerían las resoluciones del Jurado, sino por obra y gracia de un auto para mejor proveer, recurso ilegal puesto en las manos y al alcance de los Jueces y Magistrados ya rendido el veredicto, auto que se dictaría bajo el fácil pretexto de

una supuesta o de una real cuestión dudosa, a fin de desvirtuar aquellas resoluciones.

No es un modelo la institución del Jurado en Colombia, por su reglamentación legal. Pero la ley es la ley y ella ha mandado terminantemente a los Jueces y Tribunales Superiores que respeten el veredicto, salvo el caso de nulidad y el de ser contrario a la evidencia. También para la Corte Suprema se exige el mismo respeto, con la limitación de que se hablará más adelante.

Se diría, sin embargo, que los preceptos en donde se autoriza el auto para mejor proveer no hacen distinción alguna. Cierto es, pero menester será distinguir en la materia que se estudia, pues dentro de la equidad natural, la crítica y la hermenéutica sirven para fijar el pensamiento del legislador y armonizar el texto legal con los fenómenos jurídicos que ocurran (artículo 5º, Ley 153 de 1887); de suerte que son interpretables, de necesaria interpretación, los artículos 33, Ley 169 de 1896 y 1715 del C. J., para el debido concierto entre el derecho a proferir autos para mejor proveer y el privilegio relativo de que goza la resolución del Jurado.

"El auto para mejor proveer puede dictarse en todo caso en que haya de fallarse definitivamente un asunto de jurisdicción contenciosa o cuando, invalidado un fallo a virtud de recurso de casación, la Corte haya de dictar sentencia que reemplace la del Tribunal", dice el artículo 19, Ley 100 de 1892, disposición que parece destruír la tesis que hoy defiende la Sala. Mas es preciso recordar que en 1892 no había casación en lo criminal y que ese artículo es o era para la casación en lo civil, materia en la cual encuadra el auto para mejor proveer (artículo 539, Ley 105 de 1931), con el fin, por ejemplo, de lo que apunta el número 318, tomo tercero de la Jurisprudencia de la Corte (Casación, 31 de mayo de 1922. XXIX, 163, 2ª)

Admitir que la Sala de Casación Penal de la Corte puede dictar autos para mejor proveer en recursos de casación fundados en la causal 1ª, que van a incidir sobre la validez del veredicto, equivale a un recurso de revisión, inconciliable con las características de la casación penal.

La Corte, por supuesto, sí conserva íntegra su facultad de proferir autos para mejor proveer en procesos de única instancia y de segundo grado, en recursos de casación sobre sentencias que en primera instancia pronuncien los Jueces de Circuito penal y aun en casaciones sobre juicios con intervención del Jurado, siempre que en el último caso dicho auto no tienda a cambiar el veredicto.

El auto para mejor proveer es dictable solamente antes de pronunciar sentencia.

La Corte en el propio fallo que invalidó el del Tribunal de San Gil dispuso conseguir la nueva prueba del examen psiquiátrico de Barrera o Valencia, y sucede que de acuerdo con el artículo 33, Ley 169 de 1896, el auto para mejor proveer, en los casos en que la Corte, los Tribunales y los Jueces pueden dictarlo, debe ser anterior al pronunciamiento de la sentencia, mandato cuya sabiduría a nadie se escapa.

Para la Sala es obvio que, probada la causal 1ª, la misma sentencia de invalidación de la del Tribunal debe contener la sustitución correspondiente, en vista de los términos del inciso primero del artículo 4º, Ley 118 de 1931, con lo cual se elude la irregularidad manifiesta de dos sentencias y se le cierra el paso a la inobservancia del texto legal que manda dictar el auto para mejor proveer, cuando es proferible, antes del fallo.

En casación el veredicto del Jurado no cae por su base sino en cuatro contingencias, cuando se trata de recursos con fundamento en la Ley 118 de 1931.

Esas contingencias son: por la causal

2ª del artículo 3º, puesto que es evidente que si el juicio es nulo, el decreto de invalidación del fallo y la devolución del proceso para que se reponga el procedimiento, borra el veredicto; por la causal 3ª, en cuanto a que si no se cometió delito o si del perpetrado compete conocer a otra autoridad distinta de la que juzgó al reo, es lógico que el veredicto se tenga por no existente; por la causal 5ª, ya que la injusticia notoria, si el punto se debatió previamente en las instancias, es la destrucción del veredicto, y algunas veces por la causal 6ª.

Las demás causales del artículo 3ª, Ley 118 de 1931, tienen que dejar intacta la resolución del Jurado.

Hallándose justificada la causal 1ª del artículo 3º citado, el veredicto subsiste y únicamente corresponde a la Corte modificar la pena impuesta.

Desde luego son una misma cosa en el fondo la **mala interpretación de la ley penal y la indebida aplicación de la misma**; y aun cuando fuesen ideas no equivalentes, una y otra llevan, no más, a **cambiar la pena**, acomodándola a un recto entendimiento de la ley penal sustantiva, pero nunca a prescindir del veredicto que afirma la responsabilidad, para absolver, en cambio, al reo.

El efecto de encontrar justificada la causal 1ª es la invalidación del fallo para dictar el que deba reemplazarlo (inciso primero del artículo 4º), lo cual, se repite, únicamente permite a la Corte corregir el yerro de mala interpretación o de aplicación indebida de la ley penal, solución que debe no alterar el cargo del enjuiciamiento y el veredicto del Jurado, pues de lo contrario se desvirtúa dicho efecto confundiéndolo con el de la causal 3ª.

Y cuando la sentencia es violatoria de la ley penal, por mala interpretación o por indebida aplicación de la misma, en sana sindéresis qué nexo puede tenderse entre la **equivocación de la condena en el fallo** y el cargo del auto de proceder y el veredicto, para que éstos queden afectados con la declaración de la causal? Ninguno.

Un indiscutible e indiscutido homicidio. Un enjuiciamiento ejecutoriado que no merece reparos. Una cuestión o interrogatorio al Jurado, obediente la pregunta o preguntas a las prescripciones de rigor. Y un veredicto que se da con perfecto derecho a darlo. Si la sentencia viola la ley penal en el capítulo de homicidio por interpretación mala o aplicación indebida de la represión condigna, por qué se hace trascender la rectificación de la **penalidad impuesta con error** hasta ir a alterar o mudar o desconocer o inutilizar una resolución que el Jurado rindiera sin salirse de la órbita de sus funciones, cuando se invoca y se justifica la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931?

Que con la legislación penal de 1890 se enjuició a un sujeto que se hallaba en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de sus facultades mentales, y que con intervención del Jurado se le condenó, acusará violación de la ley penal **en la sentencia**, o será otra la causal invocable? No lo primero, seguramente. Para acreditar el punto, en la **Gaceta Judicial** números 1909 y 1910 está la casación en el juicio contra Carlos Alberto o Carlos Hugo Angel (páginas 680 a 682).

Y es que no deben confundirse los fenómenos de violación de la ley penal en la formación del proceso entero y la violación de la ley penal en el fallo.

Qué debe entenderse por la justificación de una causal de casación.

Hallar **justificado** uno cualquiera de los ocho motivos del artículo 3º, Ley 118 de 1931, es tener en el proceso la satisfactoria demostración de su existencia. Justificar es probar con razones convincentes. La causal debe aparecer en la actua-

ción, a fin de que a la Corte le sea dable aceptarla como cierta para invalidar el fallo y disponer lo que fuere necesario, según el artículo 4º de aquella Ley 118.

Y se tuvo como probada la causal por duda de que el homicidio que ejecutó Barrera o Valencia en Agustín Calderón hubiese obedecido "a factores patológicos que desquiciaron sus planos instintivo, afectivo y mental". Nó. Esa duda no se presentaba ni se presenta. El reo no es una persona normal y el Jurado lo supo. Al Jurado le explicó el médico legista del Socorro que el homicida-asesino era un débil mental, y el Jurado siempre afirmó la responsabilidad del matador.

De suerte que según las voces de la providencia de 17 de octubre de 1939, no había demostración plena de la causal 1ª y, no obstante, sin la certidumbre legal de su existencia, se encontró justificada dicha causal invalidando el fallo del Tribunal Superior de San Gil. Para qué? Nada menos que para tratar de conseguir la prueba de lo que se había tenido ya por probado.

Mas la realidad era, y es, que sí estaba justificada la causal 1ª desde entonces, con varios datos fidedignos, entre ellos el concepto del médico legista del Socorro. Y se pudo o se debió emplear el sencillo medio de un auto para mejor proveer a fin de aclarar el aspecto oscuro de la calidad que tuviera la anomalía psíquica del homicida.

Conclusiones

A)—La práctica de que discuerda la Sala puede producir otros graves resultados cuando la nueva prueba sea desfavorable al reo. Por fortuna para Barrera el auto no le trajo perjuicio, pues el concepto de la Oficina Central de Medicina Legal en sustancia es idéntico al del médico legalista del Socorro. No cambió, pues, en nada, la prueba de que Barrera o Valencia es un débil mental, responsable del asesinato que cometiera, como el Jurado lo afirmó, sin creer en la excusabilidad de la persona homicida, excusabilidad que tampoco propugnó el defensor, quien limitóse a pedir que se descartara la premeditación.

B)—La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, obra hoy como simple fallador de instancia para dictar la sentencia que deba reemplazar la invalidada del Tribunal Superior de San Gil;

C)—Pedida por la Sala a los señores médicos legistas una aclaración de su dictamen, para saber el grado de la anomalía psíquica de Benjamín Barrera o Valencia y si es susceptible o no de curación, los señores médicos aseveraron que es grave la anormalidad del psiquismo del reo y que difícilmente tendrá modificaciones que la alivien;

D)—La psicosis de ese hombre no es una verdadera demencia ni una real locura, sino un incompleto desarrollo de la vida del espíritu, debilidad anímica que configura uno de los muchos matices de los "grupos intermediarios entre el imbécil y el individuo considerado como normal", según se desprende de la expresión del médico legista del Socorro y del estudio de la Oficina Central de Medicina Legal que practicó en el sujeto los exámenes indispensables: somático, de los diámetros craneales, coeficiente de Pignet, sistema nervioso, fuerza muscular, aparatos cardio-vascular, respiratorio, gastro-intestinal, génito-urinario, órganos de los sentidos, antecedentes personales y hereditarios, enfermedades anteriores y análisis psíquico y del hecho cometido;

E)—El hecho que consumó Barrera o Valencia no encaja, por tanto, en la excusabilidad del numeral 1º, artículo 29 del Código de 1890, ley preexistente al homicidio que perpetró;

F)—El delito de Benjamín Barrera o Valencia se rige en su represión por las reglas da los artículos 29 y 61 del C. P. de 1936. "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cual-

quiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro", ordena el artículo 29. Esas sanciones son las medidas de seguridad que para los delincuentes a que se refiere el citado artículo 29 señala el artículo 61: la reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial; la libertad vigilada; el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas y la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos; y

G)—Barrera o Valencia, "altamente peligroso para la sociedad", debe ir a un manicomio criminal mientras subsista su anomalía psíquica, siempre que no rebaje de diez años la reclusión en el establecimiento. El asesinato que ejecutó tiene pena de presidio (artículo 63 y 64 del Código de 1936).

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

Resuelve:

1º Benjamín Barrera o Valencia será recluído no menos de diez años en un manicomio criminal, por el delito de asesinato en la persona de Agustín Calderón, hasta que deje de constituír peligro para la sociedad;

2º El reo debe indemnizar los perjuicios a los herederos de la víctima, en juicio civil; y

3º Cuando sea oportuno se procederá como lo dispone el inciso final del artículo 64.

Notifíquese, cópiese, devuélvase y publíquese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre — Absalón Fernández de Soto — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R. Secretario.

Tratándose de casaciones que debían o que deban regirse por la Ley 118 de 1931 sí puede la Corte dictar auto para mejor proveer, si el recurso se funda en la causal 1ª, y aun cuando las diligencias que hayan de practicarse en virtud de aquel auto puedan afectar el veredicto del Jurado.

En el tránsito del antiguo al nuevo Código Penal resulta preferible, cuando se hayan invocado tanto la causal 1ª como la 3ª, con fundamento en ser el reo un anormal, que el recurso prospere más bien por el motivo de indebida aplicación de la ley penal que por el de error sobre el cuerpo del delito, pues este último implica la absolución del procesado, mientras que la causal 1ª permite aplicar, en vez de la pena aflictiva del Código de 1890 impuesta por los juzgadores de instancia, las medidas de seguridad que implantó la reforma penal.

Que la Corte encuentre justificada o demostrada una causal de casación no quiere decir que el hecho en que se apoya esa causal deje de ser suceptible de nuevas ilustraciones. Y la posibilidad de dictar autos para mejor proveer está indicando por sí sola que no obstante haber motivo para casar una sentencia, puede convenir que la Corte disponga aclarar algún punto oscuro o deficiente a fin de adquirir mayor certeza antes de pronunciar el fallo que ha de reemplazar al infirmado.

Salvamento de voto

Suscribo sin reservas la parte resolutiva de esta sentencia, pero en cuanto a la parte motiva debo hacer algunas salvedades.

Mis ilustrados compañeros de Sala sostienen que en recursos de casación contra fallos de Tribunal Superior sobre causas en que actuó el Jurado, cuando se invoca la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, no puede la Corte dictar auto para mejor proveer que afecte el veredicto.

Siendo esta tesis a manera de rectificación tácita de la providencia en que la Corte anterior dictó auto para mejor proveer al infirmar una sentencia por la causal 1ª de la Ley 118 de 1931 y tratándose de juicio en que había intervenido el Jurado, he de referirme aunque sea brevemente a ese punto.

La honorable mayoría de la Sala ha querido limitar su aserto a las casaciones que todavía deben regirse por la Ley 118 de 1931 y eso está muy bien, pues podría ser un tanto aventurado para la Corte comprometer su opinión en lo relacionado con la viabilidad del recurso de casación o del auto para mejor proveer ante el nuevo Código de Procedimiento Penal, siendo así que ni se le ha propuesto en este caso la cuestión, ni está obligada la Sala a sentar aquí doctrinas, ya que ahora no está decidiendo como Corte de Casación sino pronunciando el fallo de instancia.

Se acepta en la sentencia que el fallo de casación puede afectar el veredicto cuando el recurso prospera por alguna de las causales 2ª, 3ª, 5ª o 6ª (Ley 118 de 1931).

Y yo pregunto: por qué no si la causal invocada es la 1ª?

La sentencia sugiere que tratándose de las personas que el numeral 1º del artículo 29 del Código de 1890 declaraba irresponsables, la condenación de ellas podía ser vulnerable en casación no por la causal 1ª sino por la 3ª, cuerpo del delito, como se hizo en el caso de Carlos Alberto o Hugo Angel.

En esa casación dijo la Corte que cuan-

do el presupuesto delincuente se hubiere hallado "en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón", al acto aunque materialmente delictuoso, no es criminoso y punible; y que, por consiguiente en dicho acto se echa de menos el elemento intencional o formal del cuerpo del delito (artículo 1512 del antiguo Código Judicial) y no puede condenarse al reo que, según el numeral 1º del artículo 29 del Código Penal de 1890, se consideraba "excusable" y no punible, es decir que se reputaba no ser sujeto de derecho penal. (Sentencia de cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y seis, Gaceta Judicial, Tomo 43, página 680).

Conviene recordar o anotar que en el caso citado el recurrente invocó la causal 3ª de la Ley 118 de 1931 y sólo esa causal. No se sabe qué habría dicho la Corte si el problema le hubiese sido propuesto entonces a la faz de la causal 1ª.

En la fecha de aquella sentencia de casación —septiembre de mil novecientos treinta y seis— no regía, ni siquiera estaba promulgado aún el nuevo Código Penal que autoriza la imposición de medidas de seguridad a los afectados de grave anomalía psíquica. El Código de 1890, vigente entonces sólo permitía optar por uno de dos términos extremos: absolver al anormal como persona excusable, por peligroso que se le supusiera, o condenarlo a la pena aflictiva de presidio a pesar de su anormalidad.

Anticipándose a la reforma penal hizo la Corte en el referido fallo una tenue recomendación a las autoridades políticas "para que, si fuere el caso, ordenen la conducción de Angel a un manicomio o clínica en donde se le someta al tratamiento científico que sea adecuado".

Pero entre esa simple sugerencia, apenas tolerable tratándose de la causal 3ª, y la aplicación jurisdiccional de las medidas de seguridad, que pueden tener amplia cabida cuando el recurso prospera por la causal 1ª, me parece que no debe vacilar la Corte.

Volviendo al caso de que hoy se trata, si el señor Procurador hubiese invocado conjuntamente las causales 1ª y 3ª fundándose en que al imponer pena a una persona exenta de ella hay tanto una indebida aplicación de la ley penal como un error sobre el cuerpo del delito (por la relación que la sentencia de Hugo Angel planteó entre los artículos 1512 del Código Judicial y 29 —numeral 1º— del Código Penal de 1890), siempre habría resultado preferible invalidar el fallo no por la causal 3ª, que obliga a absolver al reo aunque se le considere muy peligroso, sino por la causal 1ª, ya que así corresponde a la Corte dictar la sentencia que debe reemplazar a la infirmada y puede, como lo hace hoy al emitir el nuevo fallo, aplicar al reo medidas de seguridad que son más favorables para él y, al propio tiempo, para los intereses de la defensa social.

No discuto que el veredicto del Jurado deba ser respetado y mantenido en lo posible por los juzgadores de derecho; pero tampoco debe prestársele un exagerado acatamiento. El haberse celebrado un juicio con la intervención del Jurado no impide que en casación pueda remediarse una injusticia cometida desde antes de la reunión del mismo.

Quizá generaliza la mayoría de la Sala acerca de la posible desnaturalización del Jurado con el sistema de los autos para mejor proveer.

En primer lugar, la facultad otorgada a los jueces y magistrados por el artículo 1715 del antiguo Código Judicial ha desaparecido en el procedimiento nuevo. Y me parece infundado el temor de que en lo sucesivo pueda dictarse muy a menudo el auto para mejor proveer que, por cierto, fue de escasa ocurrencia durante el imperio de la vieja legislación penal.

Por otra parte, no es de la índole de aquellos autos **crear** pruebas inexistentes, sino aclarar puntos dudosos u oscuros, como quien dice, esclarecer **las que ya obran en el proceso**; y además, el auto para mejor proveer puede no referirse a la cuestión de la responsabilidad, única que, por definición, corresponde al Jurado decidir,

sino versar, por ejemplo, sobre una agravación indebida de pena por motivo de reincidencia, sobre hechos que impliquen circunstancias de atenuación, etc., etc.

Tratándose de procesos antiguos, si el recurso de casación se funda en la causal 1ª, pueden contemplarse estas hipótesis, ante el Código Penal de 1890:

a) aplicó el Tribunal cierta disposición del Código, siendo así que ha debido aplicar otra;

b) calificó la delincuencia en grado diferente del que correspondía, por inadecuada estimación de circunstancias agravantes o atenuantes;

c) impuso varias penas por un solo hecho confundiendo un concurso meramente ideal o formal con el concurso real de delitos;

d) entre dos leyes aplicables optó por la menos favorable al reo;

e) aplicó la ley penal a persona que según el artículo 29 era excusable y, por consiguiente, no sujeta a pena alguna.

Tal vez cabría hasta considerar otras hipótesis de indebida aplicación de la ley penal; pero bastan las que se dejan enunciadas para demostrar que no puede reducirse a un solo concepto la errónea interpretación y la indebida aplicación de la ley.

En el proceso a que se refiere la precedente sentencia y, por consiguiente, en el fallo que puso fin a ese proceso, ocurrió el último de los supuestos que se dejan enunciados.

El dictamen médico producido en las instancias del juicio inducía a concluir que la ley penal se había aplicado de modo indebido, pues si la deficiencia intelectual, la debilidad mental y el incompleto discernimiento del reo, —del que hablan los peritos—, coloca a Benjamín Barrera o Valencia en alguno de los casos que el artículo 29 del Código Penal antiguo reputaba de absoluta irresponsabilidad, entonces la sentencia condenatoria del procesado a veinte años de presidio violaba aquella ley penal, que era la vigente cuando ocurrió el hecho juzgado; y si la anomalía psíquica o la deficiencia mental del reo, sin ser suficiente para ponerlo fuera del Código Penal de 1890 era, sin embargo, bastante para clasificarlo entre los que el nuevo código reprime con medidas de seguridad como anormales peligrosos, entonces la ley penal también resultaba mal aplicada, porque la sentencia ha debido hacer la comparación de los códigos de 1890 y de 1936, a fin de escoger el más favorable al reo.

Los exámenes médicos practicados después de la infirmación del fallo aclaran y confirman el concepto de que el reo no es un sujeto normal; pero al propio tiempo hacen ver que las deficiencias mentales y volitivas de Barrera o Valencia no llegan al punto de que pueda considerársele como unas de las "personas excusables" y que "no están, por consiguiente, sujetas a pena alguna" (numeral 1º del artículo 29, Código Penal de 1890). Este homicida, por su retraso mental y por las notables deficiencias de sus facultades puede ser clasificado entre las personas que padecen de grave anomalía psíquica. Por eso está muy bien que la sentencia de hoy no imponga pena sino que aplique medidas de seguridad.

En mi concepto el dictamen pericial rendido en la primera instancia, muy laudable por cierto, debía ser complementado con mira a la aplicación de dichas medidas.

Y si se piensa que obrando ya en los autos ese concepto científico no era estrictamente indispensable el estudio médico ordenado por el auto para mejor proveer, bástame llamar la atención hacia el hecho de que rendido, en virtud de este auto un dictamen por la oficina Central de Medicina Legal, a iniciativa del docto magistrado sustanciador doctor Aguirre hubo de ampliarse la nueva exposición médica en forma que ha permitido a la Corte aclarar su criterio acerca de los problemas que suscita la personalidad del reo.

Los resultados obtenidos por las diligencias que se llevaron a cabo respecto de Benjamín Barrera o Valencia en virtud del auto para mejor proveer y de lo que dispuso mas tarde el magistrado sustan-

ciador y ponente doctor Aguirre han sido tan satisfactorios que dan base a la Corte para desechar los veinte años de presidio impuestos al anormal y someterlo, en cambio, a reclusión en un manicomio por el tiempo que sea necesario y cuyo máximo queda indeterminado, pues el aislamiento o reclusión sólo podrá cesar cuando el reo deje de constituir un peligro para la sociedad, punto que en su oportunidad habrá de ser resuelto de la manera establecida en el artículo 64 del nuevo Código Penal.

Por lo demás, puede ser aconsejable que el auto para mejor proveer se pronuncie y cumpla antes de casar el fallo del Tribunal, según lo sugiere la sentencia que hoy dicta la Corte; pero quizás fue más jurídico proferirlo como consecuencia de la casación, puesto que los motivos de ésta, lo anotan mis distinguidos colegas, debían existir antes de que la Corte invalidara la sentencia recurrida.

Y si la Corte dicta la sentencia de instancia con posterioridad al auto para mejor proveer como la ha dictado en este caso, entonces no puede criticarse dicho auto por prematuro.

¿Qué debe entenderse por estar justificada una causal de casación? Así pregunta la sentencia; y a la respuesta que ella da me permito agregar lo siguiente:

Que la Corte encuentre justificada o demostrada una causal de casación no quiere decir que el hecho en que se apoya esa causal deje de ser suceptible de nuevas ilustraciones. Y la posibilidad de dictar autos para mejor proveer está indicando por sí sola que, no obstante haber motivo para casar una sentencia, puede convenir que la Corte disponga aclarar algún punto oscuro o deficiente a fin de adquirir mayor certeza antes de pronunciar el fallo que ha de reemplazar al infirmado.

Me parece que las anteriores explicaciones pueden contribuir a justficar la providencia de casación y mejor proveer que en este negocio dictó la Corte en octubre de mil novecientos treinta y nueve y que hube de suscribir.

José Antonio Montalvo

Bogotá, 3 de abril de 1941.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

Las excepciones deben estar basadas en hechos. No basta tener derecho, sino que es indispensable, a más de saberlo alegar, probar los hechos en que se funda. De nada sirve estar amparados por un derecho perfecto si los hechos que lo generan no aparecen respaldados en los autos con las pruebas pertinentes. Es que los hechos son la fuente del derecho. Este se reconoce por aquellos y sólo por ellos puede tener una aplicación exacta.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado)

Vistos: en juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva sigue la nación contra Vicente Garcés de la C., sobre pago de impuestos, el ejecutado propuso las excepciones de "pago en parte de las sumas por las cuales se me demanda"; prescripción de la acción ejecutiva; "inexistencia de las obligaciones que se cobran, en todo o en parte"; nulidad o insuficiencia del título ejecutivo; carencia de derecho en la acción o acciones ejecutivas; error de cuenta, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. Remitido el asunto a la Corte por tratarse de ejecuciones de más de quinientos pesos, aquí se ha dado al incidente la tramitación de regla, y como se halla en estado de decidir se procede a hacerlo mediante las consideraciones que a continuación se expresan.

Base de la ejecución

Se encuentra en los reconocimientos que obran a folios 1 a 4 del cuaderno principal. De esos reconocimientos, que son cuatro, tres proceden de la Recaudación de Hacienda Nacional de Ríosucio, y uno de la de Belalcázar por impuestos sobre la renta y patrimonio en el año de 1927, 1929, 1931, 1932 y 1937.

Excepciones propuestas

Primera: Pago en parte. Como muy bien observa el señor Procurador delegado en lo Civil "hay carencia total y absoluta de prueba de los hechos liberatorios en que se hace consistir esta primera excepción. El excepcionante ni siquiera intentó probar el pago parcial alegado".

Segunda: Prescripción de la acción ejecutiva. El excepcionante la sustenta así: "esta excepción se refiere especialmente a los impuestos de los años 1927 y 1929, de que trata el auto ejecutivo dictado por el Recaudador de Hacienda Nacional de Belalcázar, la fundo en el hecho de que aún no habiendo pagado tales impuestos o no pudiendo probar su pago porque se me hayan traspapelado los recibos, debido al transcurso del tiempo, la acción ejecutiva ya está prescrita, toda vez que han transcurrido más de diez años desde que tales sumas se hicieron exigibles, conforme a lo dispuesto por el artículo 2536 del C. C.".

Sobre este extremo el señor Procurador delegado en lo Civil trae lo siguiente, que la Corte acoge por considerarlo estrictamente jurídico: "Esta excepción se refiere a los impuestos correspondientes a los años de 1927 y 1929.

"La prescripción extintiva de las accio-

nes se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2535 del C. C.).

"La obligación de pagar el impuesto sobre la renta no es exigible sino desde cuando se haga la respectiva liquidación. Cómo exigirle al contribuyente el pago de dc un impuesto que no se le ha liquidado? Como el excepcionante no probó en qué fecha se hizo la liquidación de los impuestos correspondientes a los años 1927 y 1929, cuyo valor se le cobra ejecutivamente, la excepción no tiene base cierta que la sustente, por cuanto no se conoce el punto de partida del término de la prescripción alegada".

Tercera: Inexistencia de las obligaciones que se cobran, en todo o en parte: Se la sustenta en los siguientes términos: "Esta excepción la cual se refiere a todos los impuestos que se me están cobrando por la vía ejecutiva, la fundo en los siguientes hechos:

a) En que los impuestos que se cobran por la Recaudación de Hacienda Nacional de Belalcázar no pueden existir realmente, ya que un mismo contribuyente del impuesto sobre la renta no se le puede gravar sino en un municipio, el de su vecindad o residencia, y a mí se me gravó en los años de 1927, 1929 y 1932 en el municipio de Ríosucio, de donde soy y he sido vecino y aquí pagué el impuesto sobre la renta correspondiente a los años antes citados y por lo tanto no tenía por qué estar gravado en el mismo impuesto en el municipio de Belalcázar; y

b) En que los impuestos por la suma de cincuenta y cinco pesos y ochenta y un pesos, referentes a los años de 1931 y 1932 respectivamente, no pueden considerarse como existentes legalmente hoy, toda vez que fueron pagados en la oportunidad debida, en prueba de lo cual, jamás en esa oficina se me llegaron a cobrar hasta ahora por medio de un reconocimiento o de dos reconocimientos que aparecen con fecha de 21 de abril de 1938 y con autos ejecutivos de esa misma fecha, no notificados sino el día 4 de los corrientes; y además, la mejor prueba de que tales impuestos no existen, es la de que los impuestos correspondientes a los años siguientes de 1933, 1934, 1935 y 1936, están pagados, y por ellos no se me ha establecido juicio alguno, y es claro, que si los impuestos de los años 1931 y 1932 no estuvieran pagados o existieran legalmente, tampoco estarían pagados los de los años siguientes que acabo de enumerar, porque es de suponer y así lo determina la ley y la misma contabilidad oficial, que mientras un contribuyente deba una contribución de un año anterior, no se le puede abonar, la del año o años posteriores, pues primero tiene que saldar la mas antigua. Por eso sostengo que esos impuestos no existen hoy a mi cargo, y no me explico de dónde pudo sacar esa oficina dos reconocimientos sin número que fechó el 21 de abril de 1938, para deducirme esos impuestos y venirme a notificar la ejecución por ellos al cabo de varios años".

La argumentación que hace el excepcionante en el párrafo distinguido con la letra a, parte de un supuesto que no aparece comprobado: que al excepcionante se le gravó en los años de 1927, 1929 y 1932 en el municipio de Ríosucio, de donde es vecino, y ahí pagó el impuesto sobre la renta correspondiente a los años ante citados. La argumentación no tiene, pues el soporte que se pretende.

También cojea del mismo defecto, la argumentación con que se sustenta el párrafo distinguido con la letra b. Para sostener que los impuestos por las sumas de cincuenta y cinco pesos y ochenta y un pesos referentes a los años de 1931 y 1932 fueron satisfechos se argumenta diciendo que por cuanto el excepcionante tiene pagados los años siguientes de 1933, 1934, 1935 y 1936, hay que presumir el pago de los años anteriores. Aún en la hipótesis de que fuera de aplicación al caso el artículo 1628 del C. C., se tropezaría con la dificultad para que fuese viable la excepción, de que no aparece, por ninguna parte, la prueba de que efectivamente el excepcionante satisfizo el impuesto correspondiente a los años de 1933, 1934,

1935 y 1936. El sistema de sentar postulados, sin aducir prueba que los sustenten, para sacar las conclusiones que se necesitan, puede ser muy cómodo pero no conduce a ninguna finalidad práctica en el pleito en que en semejante forma se procede.

Cuarta excepción: Nulidad e insuficiencia del título ejecutivo. "Se funda esta excepción, dice el excepcionante, en el hecho de que los autos ejecutivos se apoyan en unos reconocimientos hechos ad hoc por sumas de dinero que no le debo al fisco y que por consiguiente no son de mi cargo. Y debo dejar constancia, continúa el excepcionante, desde luégo que el auto ejecutivo por la suma de mil veintisiete pesos, ochenta y cuatro centavos ($ 1.027.84) de fecha 4 de marzo del presente año, se funda en un reconocimiento de esa misma fecha hecho por usted, pero por la suma de mil treinta y siete pesos, ochenta y cuatro centavos ($1.037.-84), y que a los autos ejecutivos por las sumas de cincuenta y cinco pesos ($55.00) y por de ochenta y un pesos ($ 81.00), se les pusieron fecha atrasada, la del 21 de abril de 1938 y lo mismo a los reconocimientos sin número que por esas mismas sumas en que tales autos dicen apoyarse y que desde luego excepciono de nulidad".

Esta excepción, como las anteriores, carece de todo fundamento probatorio, y debe por lo mismo, ser rechazada.

Quinta: Carencia de derecho en la acción o acciones ejecutivas. Según lo expresa el excepcionante, esta excepción se funda en los mismos hechos en que se apoyan las anteriores. Debe por tanto, correr las mismas consecuencias de ellas.

Sexta: Error de cuenta. Sostiene el excepcionante que en la liquidación y gravación hubo error de cuenta, porque ella emana, en su sentir, de una imposición arbitraria e infundada que hizo la Administración Departamental de Hacienda Nacional de Manizales, oficina que no tuvo en cuenta —se dice— la declaración que sobre patrimonio y renta hiciera oportunamente el excepcionante.

Ninguno de los hechos alegados para sustentar ese medio de defensa aparece acreditado en los autos. Por lo tanto, también debe ser rechazada esta excepción.

Séptima: Según se vio atrás, como séptima se presentó la excepción de que trata el artículo 329 del C. J. Ya la Corte ha dicho reiteradamente que en las excepciones que se presenten en un juicio ejecutivo, no es admisible una en que no se concreten los hechos desde un principio. Así lo exigen la precisión y la lealtad en los debates de esta naturaleza.

Por todo lo que se deja expuesto, se comprende que olvidó el demandado que quien excepciona se convierte en actor en lo que respecta a su excepción, y que, por lo mismo, deba acreditar los hechos en que las dagunda. Olvidó, además, el axioma forense que advierte a los litigantes que en las contiendas judiciales, no basta tener derecho, sino que es indispensable, a más de saberlo alegar, probar los hechos en que se funda. De nada nos sirve estar amparados por un derecho perfecto si los hechos que lo generan no aparecen respaldados en los autos con las pruebas pertinentes. Y es que los hechos son la fuente del derecho. "Este se reconoce por aquellos y sólo por ellos puede tener una aplicación exacta".

Habida consideración de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara no probadas las excepciones propuestas, y consecuencialmente dispone que se siga adelante la ejecución como lo ordena el artículo 1026 del C. J.

Costas a cargos del excepcionante.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

AUTOS INTERLOCUTORIOS — CAUCION DE SANEAMIENTO.

1.— El artículo 466 del C. J., en la imposibilidad de limitar dentro de una definición los elementos múltiples y heterogéneos constitutivos del auto interlocutorio, enumera algunos de ellos, por vía de ejemplo, tocándole al juzgador resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las allí mencionadas y por razón de analogía, pueden clasificarse como interlocutorias. —2.—La caución de saneamiento consiste en una prenda, una hipoteca o una fianza, y tiene por objeto, según lo expresa el artículo 1016 del C. J., impedir que se embarguen otros bienes del ejecutado distintos de los denunciados por éste, y el de responder de que son propios del deudor y suficientes para el pago de la deuda y de las costas.—3.— Tanto el auto que fija la solvencia de un fiador, que podría ser el mismo de saneamiento, como el que fija la caución de saneamiento, son interlocutorios.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio seis de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

En el presente juicio ejecutivo adelantado por Ramón L. González contra el Departamento del Tolima dictó el Tribunal Superior de Ibagué el día 11 de octubre de 1939 un auto por medio del cual además de decretar el embargo de unos bienes denunciados por el fiscal para el pago, fijó la cuantía de la caución de saneamiento ofrecida por este funcionario en la suma de $ 5.000.

El actor pidió reposición de aquella provincia en lo referente a la cuantía de la caución de saneamiento, a fin de que fuese elevada en razón del monto de la ejecución, que se libró por la cantidad de $ 52.066.14. El Tribunal, en providencia de 11 de diciembre de 1939, repuso el auto reclamado en el sentido de elevar dicha cuantía de la suma de $ 5.000 a la de $ 70.000 moneda legal.

Contra este auto interpuso a su vez reposición el fiscal, y el Tribunal accedió a revocarlo en el de 7 de febrero de 1940, quedando en firme la caución de $ 5.000 fijada en el auto de 11 de octubre. Contra este auto de 7 de febrero interpuso apelación el actor, recurso que se le concedió para ante la Corte.

El señor Procurador, en su concepto de 30 de mayo de 1940, advierte que el auto de 11 de diciembre no admitía reposición, pero opina que no teniendo la calidad de interlocutorio el proferido el 7 de febrero, no puede ser revisado en este grado de jurisdicción. Ilustra su concepto el señor Procurador diciendo que la fijación de la cuantía mencionada tiende apenas a dar curso a la actuación, puesto que su única finalidad es hacer factible la prestación de la garantía accesoria a fin de que así puedan adelantarse las diligencias ejecutivas sobre los bienes denunciados por el deudor; y que tiene, por consiguiente, todas las características del auto de sustanciación, y ninguna de las de interlucutorio.

Se considera:

El artículo 466 del C. J., en la imposibilidad de limitar dentro de una definición los elementos múltiples y heterogéneos constitutivos del auto interlocuto-

rio, enumera algunos de ellos, por vía de ejemplo, tocándole al juzgador resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las allí mencionadas, y por razón de analogía, pueden clasificarse como interlocutorias.

La caución de saneamiento consiste en una prenda, una hipoteca o una fianza, y tiene por objeto, según lo expresa el artículo 1016 del C. J., impedir que se embarguen otros bienes del ejecutado distintos de los denunciados por éste, y el de responder de que son propios del deudor y suficientes para el pago de la deuda y de las costas.

Sostiene el señor Procurador que la providencia que fija el monto de la caución tiende a dar curso progresivo al juicio, siendo en consecuencia, de mera sustanciación. Aun cuando la característica especial señalada por el código a los autos de sustanciación radica en la finalidad que les es propia, o sea darle a la actuación un curso progresivo, con todo, no es ella exclusiva de estas providencias, sino de cualesquiera otras, sea cual fuere su estructura jurídica, y corresponde también a todo el procedimiento judicial.

No puede negársele, en forma alguna, el carácter de interlocutoria a la providencia que fija la solvencia de un fiador, que podría ser, el mismo de saneamiento. Ahora bien, el juez debe calificar esa solvencia atendiendo a lo preceptuado en el artículo 2376 del C. C. que exige del fiador determinadas condiciones, como la de su capacidad para obligarse, que posea un patrimonio suficiente para la efectividad de su obligación y que tenga un domicilio. Y tal calificación implica una decisión que reviste carácter de fallo incidental en el juicio. Lo propio ha de decidirse de la providencia que fija la caución de saneamiento, pues hay completa analogía entre las dos resoluciones judiciales.

Además, en el proceso ejecutivo, una resolución como la que se considera es fundamental, ya que viene a generar derechos en el patrimonio del ejecutado y a limitar derechos en el patrimonio del ejecutante. Sería muy delicado dejar al exclusivo criterio de un juez la calificación de la garantía de un juicio ejecutivo, que puede significar tanto para el ejecutante como el juicio mismo.

Por las razones expuestas, la Corte considera que la providencia recurrida tiene carácter interlocutorio.

En cuanto al auto de fecha 7 de febrero de 1940, se observa:

El artículo 489 del C. J. dice: "Del auto que decide sobre la reposición, no se puede pedir otra nueva, salvo que contenga puntos no decididos en la primera providencia".

Precisa examinar si el auto de 7 de febrero, que repuso el de 11 de diciembre, el que a su turno se dictó para reponer el de 11 de octubre, contenía puntos no decididos en la segunda de tales providencias citadas, y si, por lo tanto, el Tribunal obró dentro de la ley al reponerlo.

Como se dejó historiado al principio, el 11 de octubre el Tribunal fijó el monto de la caución de saneamiento en $ 5.000; por reposición pedida y aceptada, la subió el 11 de diciembre a $ 70.000; nuevamente, por reposición pedida contra la providencia de 11 de diciembre, accedió a bajarla a $ 5.000 en el auto que se considera.

El Tribunal explica así la reponibilidad de su auto de 11 de diciembre: "El Tribunal en el auto de 11 de diciembre resolvió puntos no decididos en la providencia de 11 de octubre... Y si el Tribunal consideró para su auto de 11 de diciembre 'el aspecto planteado por el señor apoderado del ejecutante', y por ese aspecto antes no considerado, cambió la fijación de $ 5.000, fijando en cambio una que es catorce veces mayor, con ello pronunció una decisión que, por su novedad, es susceptible de la reposición permitida por el art. 489 del C. J."

El señor Magistrado doctor Jorge Sanabria se expresa así en su salvamento de voto: "...Aquel auto de 11 de diciembre ya no es susceptible de nueva reposición por el mismo Tribunal que lo pronunció, sino del recurso de apelación para ante la H. Corte Suprema de Justicia.

al tenor del artículo 489 citado. Así, pues, el Tribunal viola manifiestamente este artículo al conceder una reposición de reposición".

La Corte no encuentra qué puntos nuevos decidió el Tribunal en su auto de 7 de febrero para acceder a la reposición del de 11 de diciembre. Se trataba de fijar la cuantía de la caución de saneamiento. El hecho de que en la parte motiva de una providencia se trate sobre aspectos jurídicos nuevos relativos a un mismo punto de derecho, no significa el que se decida, para el caso de autos, sobre puntos no contemplados antes, si la parte resolutiva de ambas providencias tiene una misma calidad jurídica, y no varía sino en su cantidad, en el más o el menos de la caución fijada. Interpretar en otra forma el artículo 489, implica desvirtuar la intención de tal precepto, y hacer posible indefinidamente la reposición de las reposiciones, en perjuicio de la justicia y de la seriedad que debe tener toda decisión judicial.

La Corte no encuentra explicación legal a esta actitud del Tribunal, que en su providencia de 11 de diciembre había dicho acertadamente lo siguiente para justificar la elevación de la caución a $ 70.000: "Bien mirado el aspecto planteado por el señor apoderado del ejecutante, de trascendental importancia es el objeto o finalidad de la caución de saneamiento que la ley faculta dar al ejecutado para impedir que se le embarguen bienes distintos de los denunciados por él. Es, por una parte, la caución de saneamiento, un privilegio a favor del ejecutado en virtud del cual se le permite escoger los bienes de su patrimonio para el pago, y por otra, una verdadera garantía para el acreedor de que los bienes escogidos por el deudor son suyos y suficientes para el pago de la deuda y de las costas. Si tan fundamental objeto, pues, atribuye la ley procedimental a la caución de saneamiento, su cuantía no puede ser menor del valor mismo perseguido mediante la acción ejecutiva, ya que no sería posible dejar en descubierto al acreedor contra posibles abusos de su deudor".

El señor Fiscal alega, y el Tribunal asiente a ello, como fundamento para revocar el auto de 11 de diciembre y dictar el de 7 de febrero, la consideración en éste de aspectos nuevos relativos al punto de la caución de saneamiento, aspectos que no habían sido contemplados en las providencias de 11 de octubre y 11 de diciembre.

La Corte observa que el artículo 489 hace referencia no a aspectos de la parte motiva, sino a puntos no decididos de la parte resolutiva. Por lo demás, los aspectos nuevos alegados por el Fiscal como presentados por él, no eran tales, pues ellos se ofrecían ya a la consideración del juzgador por las mismas normas procedimentales que regulan lo referente a la caución de saneamiento. El hecho de que no se hubiese dilucidado sobre aquellos, no implica el que el Tribunal no los tuviera presentes para su decisión. Tal cosa se imponía al aplicar el artículo 1016 del C. J.

El señor Fiscal considera que la caución de $ 70.000 es desproporcionada, y no guarda relación con el monto de la ejecución que es de $ 52.000. El señor Fiscal parece confundir la caución de saneamiento con el depósito. La Corte observa que la caución de saneamiento puede prestarse en tres formas distintas, como son la fianza, la hipoteca o la prenda. El representante del Departamento optó por esta última, posiblemente la más conveniente a los intereses de que es personero; habría podido escoger la fianza o la hipoteca. En tales casos, el reparo que formula aparecería aún más claramente infundado.

Debe, en consecuencia, infirmarse el auto de 7 de febrero, que revocó el de 11 de diciembre, a fin de que lo dispuesto en esta providencia tenga efectividad dentro del juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma el auto de fecha 7 de febrero de 1940, proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el presente juicio ejecutivo.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

OBLIGACIONES QUE PUEDEN PERSEGUIRSE EJECUTIVAMENTE — TITULO EJECUTIVO

Según lo determina el segundo inciso del artículo 982 del C. J., las obligaciones que pueden perseguirse ejecutivamente son las de hacer, las de entregar una especie o cuerpo cierto o bienes de género, y las de pagar una cantidad líquida de dinero. Cuando de estas últimas se trata, la cantidad líquida de dinero debe estar representada por un guarismo cierto, o susceptible cuando menos, de ser ciertamente determinado, con base exclusiva en los mismos datos que ofrezca el instrumento en que consta la obligación, y libre absolutamente de toda clase de deducciones.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso y Gaitán).

Manuel Vela R., solicita del Tribunal Superior de Pamplona libre mandamiento ejecutivo contra el Departamento de Santander del Norte y a su favor por la cantidad de $ 1,320.00 y $ 72.00, más los intereses de estas cantidades, sumas en las que relaciona los perjuicios que a Vela se causaron a consecuencia del Decreto número 420 expedido por el Gobernador de aquel Departamento el día 7 de septiembre de 1938, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento hecho en la persona del actor como Secretario de la Dirección de Obras Públicas departamentales.

Sirve de recaudo ejecutivo la sentencia del Tribunal Administrativo de Cúcuta proferido el 6 de febrero de 1939, en la cual se declaró nulo el Decreto 420 arriba mencionado, ordenando además "al Gobernador volver las cosas al estado que tenían antes del citado Decreto reponiendo al ciudadano Manuel Vela R. en el empleo que ejercía legalmente y ordenando el pago a éste y a cargo del Tesoro Departamental de las cantidades que le correspondieren por concepto de sueldos durante el tiempo en que haya permanecido separado del empleo que ejercía como Secretario de la Dirección de Obras Públicas departamentales". Esta sentencia quedó ejecutoriada el 28 de junio de 1939.

El Tribunal accedió a dictar el día 20 de septiembre de 1939, el auto ejecutivo contra el Departamento, "por la suma correspondiente al sueldo de ciento veinte pesos ($ 120) mensuales, desde el 8 de septiembre de 1938 hasta la fecha del pago".

El Fiscal del Tribunal interpuso reposición de esta providencia a fin de que se revocara, y en su lugar se diese el traslado ordenado en el artículo 553 del C. J. por tratarse de "la ejecución de una sentencia en que se condena al Tesoro del Departamento al pago de una cantidad ilíquida de frutos, y que no se acompañó la prueba sobre la no restitución y que por tanto no se fijó la cuantía o suma debida y que ella es susceptible de reparos".

El Tribunal, en auto de fecha 23 de noviembre de 1939, revocó el auto de mandamiento ejecutivo fechado el 20 de septiembre, y en su lugar dispuso "que el acreedor Manuel Vela R. dentro de cinco días haga una liquidación motivada y especificada de la suma que estima como deuda. Luégo se procederá como indica el artículo 553 del C. J."

Este auto fue apelado por el apoderado de Vela y el recurso se concedió por el Tribunal para ante la Corte en su providencia de fecha 5 de diciembre de 1939. Es llegado el momento de decidirlo, para lo cual se considera:

La sentencia del Tribunal Administrativo condena al Departamento a pagar al actor "las cantidades que le correspondieren por concepto de sueldos durante el tiempo en que haya permanecido separado del empleo que ejercía". No se hace aquí una condena sobre una determinada cantidad de dinero. La cuantía a que puedan ascender los perjuicios sufridos por el ejecutante es determinable mediante el monto del sueldo y el lapso que duró la separación del empleado. Tampoco se expresó en el fallo la asignación mensual que en la calidad de secretario de la Dirección de Obras Públicas devengaba Vela R. Se está, por lo tanto, en la hipótesis contemplada en el artículo 553 del C. J., ya que en la sentencia se condena al Departamento a pagar una cantidad ilíquida en razón de los perjuicios —no de los frutos como dice el Fiscal— ocasionados por el Decreto número 420 al actor.

Según lo determina el segundo inciso del artículo 982 del C. J., las obligaciones que pueden perseguirse ejecutivamente son las de hacer, las de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, y las de pagar una cantidad líquida de dinero. Cuando de estas últimas se trata la cantidad líquida de dinero debe estar representada por un guarismo cierto, o susceptible cuando menos, de ser ciertamente determinado, con base exclusiva en los mismos datos que ofrezca el instrumento en que consta la obligación, y libre absolutamente de toda clase de deducciones.

En el presente caso se está frente a una condena por perjuicios cuyo monto debe fijarse siguiendo los trámites del artículo 553 del C. J. En efecto, los perjuicios no los expresa la sentencia del Tribunal Administrativo en guarismo cierto y no están libres, en manera alguna, de las deducciones que pudiese a su favor alegar el Departamento.

El apoderado del actor pide al Tribunal que libre orden de pago por la vía ejecutiva, a cargo del Tesoro del Departamento y a favor de su poderdante, por una cantidad determinada de dinero. Como se ha dejado expuesto, los documentos presentados no son de los que prestan mérito ejecutivo. Al Tribunal se le proponían dos extremos: decretar la ejecución si había fundamento para ello, o denegarla, en el caso contrario. No debía el Tribunal disponer el trámite de una acción diferente, como es la consagrada en el artículo 553, pretermitiendo estados procesales, e incorporando, dentro de la acción ejecutiva intentada, otra que ha de serle antecedente, y que, en todo caso, es de diferente naturaleza jurídica.

El actor tiene libres las vías judiciales para obtener la ejecución de la sentencia del Tribunal Administrativo y es a él a quien compete la escogencia de los medios procesales adecuados a su objeto. No correspondía al Tribunal indicárselos, ni menos ordenar un procedimiento, el del artículo 553, que no se le había impetrado.

Procede, por lo tanto, la confirmación del auto recurrido en cuanto revoca el mandamiento ejecutivo fechado el 20 de septiembre de 1939, pero debe infirmarse en cuanto dispone que el acreedor Manuel Vela R. haga, dentro de cinco días, una liquidación motivada y especificada de la suma que estima como deuda.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto objeto del recurso, en cuanto dispone la revocación del mandamiento ejecutivo, y lo infirma en lo demás.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Cuando la parte ejecutada es múltiple no es posible legalmente seguir el juicio con uno solo de los ejecutados mientras no se haya hecho el requerimiento de pago a todas las personas que componen esa parte. En la hipótesis de que al demandado requerido de pago se le hubiesen embargado bienes, respecto de los cuales se hubieran cumplido las diligencias de depósito y avalúo, no podría ese demandado, si existen codemandados, después de fallarse desfavorablemente sus excepciones, solicitar, con apoyo en el artículo 1029 del C. J., que se citara para sentencia de pregón y remate. Eso no puede hacerse sino cuando respecto de los demás ejecutados se han llenado las correspondientes diligencias del juicio, entre las cuales está primeramente la notificación del auto ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio quince de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

El doctor Guillermo Mesa Prieto ha pedido reposición y revocación del auto dictado por esta Sala con fecha veintinueve de mayo último, por el cual se dispone "que se devuelva el presente negocio para que se hagan las notificaciones respectivas a todos los ejecutados". En ninguna parte de esa providencia se dice que la Corte se abstiene de fallar. Se proveyó lo que debía proveerse en sentir de la Sala: la devolución del proceso para los fines que allí se indican.

Las principales argumentaciones del reclamante pueden sintetizarse así:

a) Que no puede decirse que el auto ejecutivo no está notificado por el hecho de no haberse surtido aún la diligencia de notificación con todos los ejecutados, ya que respecto del notificado se pueden adelantar todas las diligencias ejecutivas, tales como las de embargarle y depositarle bienes, avaluárselos, etc.; y que si contra él se puede proseguir el juicio no hay razón para no admitirle medios de defensa, como el de proponer excepciones.

b) Que por la estructura especialísima del juicio ejecutivo, sí puede decirse que desde que se notifica a uno solo de los ejecutados el mandamiento de pago, hay juicio ejecutivo con respecto de aquel a quien se le intimó el auto, por la misma razón de que la ejecución sí puede seguir contra él. Que otra cosa pasa con el juicio ordinario u otro en el que haya traslado de la demandada, porque en éstos mientras no se haya notificado la demanda a todos los demandados, la actuación no puede pasar a otra etapa.

c) Que el proveído reclamado equivale en la práctica a una suspensión de términos ordenada contra los preceptos contenidos en los artículos 348, 369, 370 y 375 del C. J.

Todas las argumentaciones del reclamante giran alrededor del siguiente postulado que la Corte considera inaceptable: en la ejecución que se sigue contra varios, es decir, en aquella en que la parte demandada es múltiple, basta el requerimiento de pago hecho a uno de los presuntos demandados para que se entienda notificado el mandamiento de pago. Y este aserto lo lleva a una conclusión que, si no se restringe su alcance, resulta igualmente inaceptable: la de que el juicio se

puede seguir con prescindencia de los otros demandados que aún no han sido requeridos de pago. Si a la luz de nuestro Código de procedimiento civil, y como lo enseñan los expositores de Derecho Procesal, cada una de las partes del juicio puede ser múltiple, o compuesta de varios individuos, y si, como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, las resoluciones judiciales no se entienden notificadas, sino desde que lo son a las partes, lógicamente se concluye que el mandamiento de pago dictado en un juicio en el que, como en el presente caso, la parte demandada es múltiple, no se puede tener por notificada a esta parte mientras no se haya hecho el requerimiento de pago a todas las personas que la componen.

Que con el ejecutado a quien en este juicio se hizo la notificación del mandamiento de pago se podrían adelantar válidamente **ciertas** diligencias ejecutivas, como el embargo, depósito y avalúo de los bienes que denuncie o que se le denuncien, evidente. Que con ese mismo ejecutado se puedan adelantar **todas** las diligencias ejecutivas, inexacto. Nuestro Código Judicial establece el principio de que, por regla general, ninguna resolución produce efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes, principio que, como se ve, no es absoluto, tiene excepciones, y una de ellas es precisamente el auto ejecutivo. Esta providencia comienza a cumplirse desde que se notifica al demandado o a uno de los demandados. Y ello porque así lo ordena el artículo 999 del C. J., ordinales 5º, 6º y 7º; disposición que está en armonía con lo que se persigue en primer término mediante la acción ejecutiva: la aprehensión o el embargo de bienes, a fin de que el juicio no resulte ilusorio en sus efectos. Esas diligencias de embargo, depósito y avalúo son preparatorias o preliminares, y por cuanto conducen al aseguramiento de bienes suficientes para el pago, deben practicarse sin aguardar a que el mandamiento ejecutivo esté notificado a todos los demandados. De lo contrario, como fácilmente se comprende se correría el riesgo de que no se obtuviera con el juicio, en la mayoría de los casos, la finalidad perseguida: la venta de los bienes del deudor y pago al acreedor.

Pero en la hipótesis de que al demandado requerido de pago se le hubiesen embargado bienes, respecto de los cuales se hubieran cumplido las diligencias de depósito y avalúo, no podría ese demandado — si existen codemandados — después de fallarse desfavorablemente sus excepciones, solicitar, con apoyo en el artículo 1029 del C. J., que se citara para sentencia de pregón y remate. Y no podría hacer con buen éxito esa solicitud porque este artículo no autoriza el trámite procesal de la citación para sentencia sino cuando se han practicado las diligencias de embargo, depósito y avalúo de los bienes de la parte ejecutada, y como ya se ha visto que esta parte es múltiple en el presente caso, puede haber lugar, por lo mismo al embargo, depósito y avalúo de los bienes de los otros componentes de dicha parte. Pero si extremamos más las cosas y se admite que con sólo un componente de la parte ejecutada puede dictarse la sentencia de pregón y remate, la conclusión no puede ser más absurda: en ese fallo prematuro quedan descartados del juicio los otros ejecutados, ya que sólo habría lugar a la subasta de los bienes embargados al ejecutado requerido. Y si se admite, en gracia de discusión, que no quedan excluídos los ejecutados a quienes no se ha notificado el mandamiento de pago, se llega a otra conclusión, no menos absurda y por lo mismo inaceptable: la que dentro del mismo proceso habrán de seguirse tantos juicios como ejecutados haya, si a cada uno se le tramitan separadamente sus excepciones.

El proveído reclamado no equivale, como lo afirma el reclamante, a una suspensión de términos, y por lo tanto, es inoportuna la cita de los artículos 348, 369, 370 y 375 del Código Judicial. Aquí no se trata de la suspensión de ningún término, sino sencillamente de cumplir una formalidad sin la cual no sería posible dar cur-

se a las excepciones propuestas: la notificación del mandamiento de pago a todos los ejecutados. Es evidente que el derecho del coejecutado a proponer las excepciones que crea tener a su favor, nace desde la notificación del mandamiento ejecutivo, pero, en rigor procesal, ésta, como ya se dijo, no se entiende realizada en casos como el presente, de parte ejecutada múltiple, sino cuando se ha hecho la notificación a todos los individuos que la componen.

Por otra parte, a nada conduce anticiparse uno de los ejecutados a proponer excepciones, puesto que para tramitarlos hay que aguardar a que esté vencido el término que para proponerlas tienen los otros ejecutados que integran la parte demandada, conforme al artículo 1025 ibídem. Esto es lo estrictamente jurídico como que consulta la unidad de la relación procesal, la que se rompería si se acepta la tesis del reclamante.

Además no debe perderse de vista que el juicio ejecutivo también tiene sus etapas, y que, como en los ordinarios, no se puede pasar a la siguiente, sin estar cumplidas, en relación con todos los componentes de la parte demandada, la que antecede. Si en el ejecutivo no están cumplidas, en relación con todos los ejecutados, las diligencias preparatorias que informan la primera etapa, no se puede pasar a la segunda, que comienza con el auto de citación para sentencia y que se encamina ya derechamente a la venta de los bienes embargados para el pago al acreedor.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: No hay lugar a la revocación del auto de veintinueve de mayo último.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA — HECHOS DE LA DEMANDA.—SU PRUEBA.—PRUEBAS PRACTICADAS EN OTROS JUICIOS Y TRAIDAS COMO PRUEBA A UNO NUEVO.—DETERMINACION DE LA FINCA O COSA REIVINDICADA

1.—Cuando el actor no ha incluído como hecho de la demanda la falta de protocolo de una Notaría por causa de un incendio ocurrido en ella no le es dado traer la prueba de ese acontecimiento para justificar la presentación del instrumento supletorio. Es que la enunciación de los hechos sustanciales de la demanda es requisito indispensable, de conformidad con nuestra ley procesal; dejar al arbitrio del actor la enunciación de los que le convengan y permitirle guardar silencio sobre los que no quiera afirmar, sería violentar la garantía de la igualdad de las partes ante el derecho si después quisiera probarlos en el proceso. En los debates judiciales no debe admitirse la demostración de hechos que no han servido de fundamento a la acción o excepción de que se trate. Esos hechos desvinculados de la demanda, aunque aparezcan comprobados en los autos, no pueden servir de base al juez para su decisión. Precisamente es ahí donde se deja ver la técnica del abogado. Una demanda bien meditada ha de comprender necesariamente "todos los datos y alegaciones indispensables para la demostración de la justicia de las reclamaciones formuladas. "De ahí que los hechos generadores o fuentes del derecho deban exponerse con claridad y precisión, de tal manera que evidenciados tales hechos, el pleito haya de desatarse forzosamente en favor del demandante. — 2.—Aunque no se niega en tesis general que las pruebas practicadas en otros juicios son admisibles en un juicio posterior, la Corte encuentra inaceptable que con inspecciones oculares llevadas a cabo en otros pleitos se pretenda destruír el resultado de la misma prueba practicada en otro distinto en el que la inspección directa del Juez no ha producido el convencimiento de la identidad buscada. — 3.—La Corte tiene resuelto que es improcedente la reivindicación de una faja de terreno que tiene por lindero de un costado una línea que no ha podido identificarse sobre el terreno. En tal caso— ha dicho— es indeterminado el objeto materia de la reivindicación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

Pedro Mario Alvarado, en su condición de apoderado especial del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, calidad debidamente acreditada, demandó por la vía ordinaria a la señorita Magdalena Leiva Tovar, mujer soltera y vecina de Bogotá, para que con su citación y audiencia se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera — Que la Nación (República de Colombia) es dueña absoluta de un lote de tierra que mide aproximadamente ciento noventa y siete metros cuadrados, que hace parte de un predio de mayor extensión, denominado "El Triángulo", ubicado dentro del área de la población de Girardot, y demarcado el lote materia de la reivindicación, así: por un lado, con lote y casa que ocupan Cupertina González, antes José María Urquijo; por el frente, con la calle que se desprende del hotel San Germán (continuación de la Aveni-

da Central), por otro, con lote y casa que ocupan Luis Carlos, José Alejandro, María Antonia y Valerio Olavez; y por detrás, con zona que ocupa carrilera del Ferrocarril de Girardot. Los linderos generales del predio denominado "El Triángulo" son: por un lado, con la línea principal del Ferrocarril de Girardot; por otro, con tierras que fueron de los vendedores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar (el terreno forma un triángulo); por otro, con el área de la población y cementerio del Distrito. Estos últimos lados se determinan hoy así: el primero se halla separado de la tierra de los vendedores por la carrilera del ferrocarril que conduce a las bodegas de exportación, sobre el río Magdalena; y el otro se halla separado de lo que entonces era cementerio y área de la población, línea recta hasta encontrar la carrilera que se dirige hacia las bodegas nombradas.

"Segunda — Que la Nación (República de Colombia) es dueña absoluta de otro lote de tierra que mide aproximadamente trescientos metros cuadrados, que hace parte de un predio de mayor extensión, denominado "El Triángulo", ubicado dentro del área de la población de Girardot, y demarcado el lote materia de la reivindicación así: por un lado, con lote y casa ocupados por Fermín Albarracín; por el frente, con la calle que se desprende de la esquina del hotel San Germán (continuación de la Avenida Central); por otro, con lote y casa de Cupertina González; y por detrás, con zona ocupada por carrilera del Ferrocarril de Girardot. Los linderos generales del predio denominado "El Triángulo" son los mismos descritos en el aparte anterior.

"Tercera — Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene a la demandada, actual poseedora de dichos lotes, a entregarlos o restituírlos dentro del término respectivo, al representante legal de la Nación, o sea, en este caso, al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, o a quien tenga esa representación en el momento de hacerse la entrega.

"Cuarta — Que la demandada debe purificar los lotes materia de la reivindicación, de la hipoteca que constituyó por medio de la escritura número 969 de 21 de abril de 1934, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá a favor del señor Baltasar Jaramillo, por haber hipotecado cosa ajena.

"Quinta — Que la demandada debe pagar a la Nación (República de Colombia) los frutos naturales y civiles que hayan producido los lotes reivindicados, no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

"Sexta — Que la misma demandada debe pagar las costas procesales de este negocio si se opusiere a lo pedido".

Como hechos fundamentales de la demanda, enumera los siguientes:

"1º El doctor Jorge Páez G. es el actual Administrador de los Ferrocarriles Nacionales y está ejerciendo el cargo. (Documentos adjuntos).

"2º Los lotes materia de esta reivindicación hacen parte integrante del predio denominado "El Triángulo", el cual fue adquirido por la Nación (República de Colombia) por compra a Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar, según escritura número 56 de 30 de mayo de 1886, otorgada en Tocaima y destinado al Ferrocarril de Girardot. Documentación adjunta.

"3º Por escritura número 627 de 20 de marzo de 1933 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá aparece la demandada comprando al señor Jesús García los lotes que se piden en reivindicación y las edificaciones que hay construídas sobre ellos.

"4º El doctor Jorge Páez G. representa a la entidad de creación legal denominada "Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales".

"5º La demandada debía conocer y saber que los lotes materia de esta reivindicación son y han sido de la Nación.

"6º La demandada es la actual poseedora de los lotes que se reivindican.

"7º La Nación estuvo en posesión tran-

quila y no interrumpida de los lotes demandados.

"8º La Nación no ha enajenado los lotes demandados.

"9º La demandada no tiene título legal que la acredite dueña de los lotes materia de la reivindicación porque sus títulos no proceden del verdadero dueño.

"10. La demandada ha percibido los frutos naturales y civiles de los lotes demandados desde que está en posesión de ellos, es decir, desde el día 20 de marzo de 1933 (Escritura 627 otorgada por Jesús García en la Notaría 4ª de Bogotá)".

El actor señala como disposiciones que respaldan el derecho ejercitado con su demanda, los artículos 49, C. N.; 633 y siguientes, 762, 946, 947, 950, 952, 961, 963, inciso 1º, y 964 inciso 1º del C. C.; 214, 215, 76, 205 y siguientes, 227 y siguientes, 250, 737, 740, del C. J., y 42 de la Ley 57 de 1887.

La demanda no fue contestada.

El Tribunal de Cundinamarca, desató la controversia por sentencia de fecha siete de marzo de mil novecientos treinta y nueve, absolviendo a la demandada de los cargos formulados en el libelo.

Ese fallo fue apelado por las partes, y con tal motivo han venido los autos a la Corte, para que la Sala de Negocios Generales, a la que compete el conocimiento del asunto en segunda instancia, decida dando su derecho a quien corresponda.

No se observa, ninguna causal de nulidad, y al negocio se ha dado la tramitación que le es propia. Es, pues, el caso de poner término a la instancia y a ello se procede con el auxilio de las consideraciones siguientes.

La acción ejercitada es la reinvindicatoria o de dominio, o sea "la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla" (artículo 946 del C. C.).

Esa acción, según los términos del artículo 950 ibidem, corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa. Compete la misma acción aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se halla en el caso de poderla ganar por prescripción (artículo 951 ibidem).

En el presente pleito el demandante aduce el carácter de dueño de los lotes a que se contrae la acción ejercitada y a demostrarlo enderezó sus impulsos en cada una de las instancias del juicio.

Como se vio arriba, el reivindicador sostiene (hecho 2º de la demanda) que los lotes materia de su acción hacen parte integrante del predio denominado "El Triángulo", el cual fue adquirido por la nación por compra a Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar, según escritura número 56 de 30 de mayo de 1886, de la Notaría de Tocaima. El actor se encontró en la imposibilidad de presentar la copia auténtica debidamente registrada de la escritura número 56 ya citada, en que se funda el derecho de dominio del Estado. Débese esa imposibilidad al hecho, debidamente acreditado, de haberse incendiado el protocolo de la Notaría de Tocaima el 17 de septiembre de 1904, según lo certifica el Notario de ese lugar y lo corroboran los testigos Emiliano y César Afanador, Julio Correal y Antonio Delgadillo. Para suplir esa prueba, presentó con la demanda copia de la diligencia de protocolización de un certificado del Registrador del Circuito de Tocaima, expedido el 16 de mayo de 1911, y según el cual el dicho Registrador certifica que en el libro 1º de registro correspondiente al año de 1886 a la página 83 hay una diligencia que dice:

"Número ciento diez y ocho. En el Distrito de Tocaima, Distrito Federal de Cundinamarca, república, a veintiseis de julio de mil ochocientos ochenta y seis, a mí Bartolomé Delgadillo registrador principal de este Circuito de Notaría se me presentó para su registro copia de la escritura número cincuenta y seis de fecha treinta de mayo último del corriente año otorgada en el Distrito de Girardot ante el notario principal de este Circuito señor Rafael T. Ojeda y testigos Bonifacio Gómez Z. y Rodolfo Herrera, varones vecinos del mismo Circuito mayores y sin

causal de impedimento en la cual aparece: que Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar varones mayores vecinos de Girardot y a quienes el notario conoce dijeron que venden y enajenan perpetuamente a favor del Gobierno de la Nación un lote de tierra que se halla situado en aquel Distrito en la meseta del lugar y una parte del lote se compone del que Cuéllar compró a Gonzalo Carrizosa según escritura otorgada en la misma Notaría en la misma fecha bajo el número cincuenta y cinco y la otra parte de que se forma la hubieron los vendedores por compra a Juan Prudencio Triana por escritura número ciento uno de fecha veintiuno de junio de mil ochocientos setenta y cinco y que fue revalidada por escritura número ciento setenta y cuatro de fecha treinta de noviembre de mil ochocientos setenta y ocho otorgada en la misma Notaría. Que el citado lote queda formando un triángulo y dentro de estos linderos: por un lado la línea principal del ferrocarril; por otro lado con tierras de los vendedores y por el otro con área de la población y el cementerio del Distrito. Que dicho lote no lo tiene vendido ni enajenado y se halla libre de todo gravamen. Que lo venden por la suma de doscientos treinta pesos que confiesan los otorgantes recibidos del administrador del ferrocarril doctor Carlos Sáenz como representante del gobierno y que si más le hacen donación entregando la finca en las acciones consiguientes y se obligan a la evicción y saneamiento conforme a derecho y el doctor Sáenz como administrador del ferrocarril aceptó la escritura del tal contrato. Consta que se pagó el derecho de registro y así aparece del recibo inserto expedido por el infrascito registrador Bartolomé Delgadillo. Es fiel copia que expidio en cumplimiento de lo ordenado por el señor Juez del Circuito de Girardot en su nota número 402 de fecha 24 de abril de 1911 que se destina para el señor gerente del ferrocarril de Girardot en Tocaima a diez y seis de mayo de mil novecientos once. El registrador into., Francisco Duque".

En el término probatorio de la primera instancia hizo el actor venir a los autos un certificado del señor registrador del Circuito de La Mesa, con el que se acredita que la escritura número 56 de 30 de mayo de 1886, otorgada en Tocaima, no ha sido cancelada por ninguno de los medios de que trata el artículo 789 del C. C.

Se presenta ahora esta cuestión: no habiéndose incluído como hecho de la demanda la falta de protocolo de la Notaría de Tocaima debido al incendio del archivo de dicha Notaría, ¿podía el demandante traer la prueba de ese acontecimiento para justificar de esa manera la presentación del instrumento supletorio que obra en autos y de que se ha hecho mérito?

En ocasión pasada, en caso exacto al que se examina, la Corte por medio de esta Sala, estuvo por la negativa. Razonó así:

"El actor, para justificar la reivindicación pedida, invocó como título adquisitivo de dominio la escritura pública número 56 de 30 de mayo de 1886, otorgado por Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar ante el notario de Tocaima en el Distrito de Girardot, y en la que se dice, por ella transfirieron los mencionados señores a la nación el dominio denominado "El Triángulo", dentro del cual se afirma está comprendido el lote que se pretende reivindicar.

"Pero la mencionada escritura no se ha traído al proceso ni en copia notarial ni en copia exhibida por otra persona, como lo exige el artículo 630 del C. Judicial para el caso de que falta el protocolo o el registro. Aún cuando el actor encaminó su esfuerzo a demostrar la falta del protocolo de la Notaría de Tocaima, es necesario advertir que esta circunstancia trascendental en el debate no fue anunciada como hecho sustancial de la demanda, sino que, al contrario, en el hecho 2º se dijo claramente que la nación había adquirido el lote de "El Triángulo" en virtud de la escritura supradicha.

"La enunciación de los hechos sustanciales de la demanda es requisito indis-

pensable, de conformidad con nuestra ley procesal; dejar al arbitrio del actor la enunciación de los que le convengan y permitirle guardar silencio sobre los que no quiera afirmar, sería violentar la garantía de la igualdad de las partes ante el derecho, si después quisiera probarlos en el proceso".

Un detenido estudio de la cuestión lleva a la Sala a rectificar el concepto de que es necesario, en casos como el presente, incluir entre los hechos generadores del derecho a reivindicar, la falta de protocolo. No hay, en verdad, esa necesidad. Si, como lo hizo el actor en este pleito, se presenta como hecho generador del derecho el haber adquirido por escritura pública (que se cita por su número, fecha y lugar de su otorgamiento) un lote en el que se dice están comprendidos los que se pretende reivindicar, la comprobación de ese hecho en cualquiera de las formas permitidas por la ley, es lo esencial a la eficacia del derecho.

Es evidente que en los debates judiciales no debe admitirse la demostración de hechos que no han servido de fundamento a la acción o excepción de que se trate. Esos hechos desvinculados de la demanda, aunque aparezcan comprobados en los autos, no pueden servir de base al juez para su decisión. Precisamente, es ahí donde se deja ver la técnica del abogado. Una demanda bien meditada ha de comprender necesariamente "todos los datos y alegaciones indispensables para la demostración de la justicia de las reclamaciones formuladas". De ahí que los hechos generadores o fuentes del derecho deban exponerse con claridad y precisión, de tal manera que evidenciados tales hechos, el pleito haya de desatarse forzosamente en favor del demandante. Situándonos en el caso concreto del presente pleito, no se puede sostener que el actor en ambas instancias haya encaminado sus actividades a demostrar hechos que no fueron aducidos en la demanda.

La certificación de que no existe el protocolo de una Notaría por haberse incendiado, no puede tenerse como prueba de un extremo de la acción que no figura en la demanda, sino como medio de prueba encaminado a suministrar la certeza de la existencia de un extremo de esa misma demanda: que la nación adquirió en la forma que se determina en el hecho 2º.

Para justificar la afirmación de que los lotes materia de la litis hacen parte del predio denominado "El Triángulo", adquirido por la nación por compra a Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar, según la escritura número 56 precitada, para justificar esa afirmación —se repite— tenía, quien la hizo, que aducir, o la copia debidamente autenticada y registrada de la tal escritura, prueba principal; o, en caso de pérdida del protocolo, y de no existir en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, y mediante comprobación de esta circunstancia, la certificación del registrador en los términos en que está concebida la que presentó el demandante, prueba esta que tiene el carácter de supletoria y que autoriza expresamente el artículo 2675 del Código Civil. Es decir, la ley admite la prueba en forma supletoria del hecho que afirma la adquisición por escritura pública, cuando no existe la principal. Y es de advertirse que si esto último puede ignorarlo el actor cuando presenta su demanda, no se ve la razón para negarle el derecho a hacer valer la prueba que reemplaza la principal, sobre todo, si se considera que la pérdida del protocolo puede acaecer después de presentada la demanda y cuando ya se está en el período probatorio.

Por lo que tiene dicho, concluye la Sala que el demandante ha comprobado debidamente una parte del hecho segundo de la demanda: haber la nación adquirido el predio denominado "El Triángulo", que allí se describe.

Ahora, para la demostración de la otra parte del referido hecho, o sea que los lotes materia de la reivindicación están comprendidos en el predio "El Triángulo",

solicitó el actor, en la primera instancia, la práctica de una inspección ocular, para la que se comisionó al juez del Circuito de Girardot.

Como lo dice el fallo recurrido, "En la diligencia de inspectción ocular llevada a efecto por el juez comisionado no pudo identificarse el terreno materia de la compra hecha por la nación a Cuéllar y a Rodríguez, toda vez que los peritos no estuvieron de acuerdo en sus conclusiones, ni intervino perito tercero, ni hubo lugar a poner dictamen alguno en conocimiento de las partes, por no haberse completado la prueba pericial". En efecto, esa prueba fue suspendida y quedó inconclusa por haber entendido erróneamente el Juez que debía darse curso a la apelación que en determinado momento de la diligencia hizo valer el señor apoderado del Consejo de Ferrocarriles Nacionales. Como la Corte se declaró incompetente para conocer de la alzada, quedó ésta sin resolver. Así las cosas, el Tribunal estimó, con sobra de razón, que el demandante no había comprobado su condición de dueño de los lotes sobre que versa la demanda. Consecuencia obligada, el fallo absolutorio que se revisa.

En su alegato ante la Corte, el personero de la parte demandante reconoce que la sentencia del primer grado fue desfavorable para la nación "porque en esa instancia no se pudo demostrar la identidad de los lotes demandados, o mejor la incorporación de ellos dentro del lote general denominado "El Triángulo", en Girardot, y sólo por la falta de ese elemento se absolvió en primera instancia a la parte demandada".

Estima el referido personero que la prueba que se echó de menos en la primera instancia se ha producido, en la segunda, en forma completa. Veamos los elementos de convicción allegados por el actor en esta instancia.

Inspección ocular

A fin de que se pueda apreciar en todos sus detalles, se transcribe a continuación la diligencia respectiva.

Dice así:

"En seguida se procedió a hacer la identificación con el fin de establecer la identidad de los lotes demandados, de conformidad con el punto primero del memorial y tanto el doctor Alvarado, apoderado del actor como el vocero de la parte demandada doctor Anzola estuvieron de acuerdo en que el lote general de "El Triángulo" linda por un lado con la línea principal del ferrocarril que de Girardot conduce a Bogotá. El doctor Anzola manifiesta que los otros dos linderos no los acepta y que los desconoce totalmente. Luégo se recorrió el ramal de la carrilera que se desprende la línea principal y va a las bodegas del ferrocarril sobre el río Magdalena. Estando presentes los testigos señores Felipe Páez N. y Lisandro Ortegón, se procedió a recibirlos por separado, sus testimonios. Al efecto el señor Felipe Páez, juró en forma legal decir verdad, toda la verdad y nada más que la verdad y expuso: tengo setenta y ocho años de edad, vecino de este Municipio y sin generales de ley con las partes en el presente juicio, y hace cuarenta años que vivo en Girardot. Repreguntado por el doctor Carlos Anzola Cáseres. Diga si es o ha sido empleado del ferrocarril o si devenga pensión alguna del mismo ferrocarril, y si es verdad que en los cuarenta años que dice haber vivido en Girardot se ha ausentado para otros lugares y por cuanto tiempo? Contestó: No he sido empleado del ferrocarril ni lo soy, no devengo sueldo ni pensión de dicho ferrocarril y en los cuarenta años que he vivido aquí no me he ausentado el resto de mi vida la viví en el Espinal pero constantemente venía a Girardot. Preguntado por el doctor Alvarado. En qué lugar estaba el cementerio de Girardot y hasta dónde iba el área de la población? Con-

testó: El primitivo cementerio estuvo en esta manzana, y señalando la manzana en donde se encuentra el Hotel San Germán; el área de la población venía hasta donde es hoy la calle diez. Preguntado: Conoce usted si alguno de los lados de El Triángulo haya sido un lindero del Ferrocarril? Contestó: No me consta. Preguntado por el doctor Anzola: Diga usted en qué se funda para afirmar que el primitivo cementerio católico estaba situado en la manzana que hoy ocupa el hotel San Germán y otras edificaciones; diga si presenció la inhumación de cadáveres en dicho cementerio, en qué año preciso se verificaron esos entierros y si recuerda el nombre y apellido de algunos de los difuntos; diga si cuando conoció lo que hoy afirma haber sido cementerio no lo era en esa época, es decir que cuando el testigo conoció esta manzana ya existían sobre ella edificaciones y por lo mismo era habitable y no lugar para enterrar muertos; diga en qué se funda para asegurar que el área de la población de Girardot comienza en la actual calle diez y con dirección al río Magdalena y si sabe cómo se formó dicha área de población y si ha visto el otorgamiento de títulos sobre el particular? Contestó: Me fundo para afirmar que el cementerio primitivo estuvo en la manzana que ocupa hoy el hotel San Germán por las referencias que he tenido de personas que asistieron a entierros en ese cementerio. Yo no presencié ningún entierro en dicho cementerio, por lo tanto mal puedo saber cuáles fueron los difuntos allí sepultados; hace cincuenta y tres años que conozco a Girardot y cuando lo conocí ya la manzana del hotel San Germán estaba edificada con varios ranchos y era habitada y por lo mismo ya no existía cementerio alguno en dicho lugar; me fundo para asegurar que la calle diez es el límite de la propiedad del Municipio porque siempre se ha reconocido como lindero esa avenida que separa la propiedad que fue de Alejandro Perdomo. Preguntado: Ha sido dominio público en esta ciudad el lugar en donde está hoy el hotel San Germán y que fue ocupado por el cementerio católico antiguo? Contestó: Sí, señor, es del dominio público y me consta por haberlo oído decir a muchas personas.

No habiendo más preguntas qué hacer, el declarante aprueba y firma su declaración y se procede a tomar la declaración del otro testigo, señor Lisandro Ortegón, en la forma siguiente: „

"Tengo sesenta y seis años de edad, vecino de este Municipio, en donde me encuentro cedulado bajo el Nº 399729 y sin generales de ley con las partes en el presente juicio. Estoy pensionado por el Ferrocarril por ser antiguo servidor de la empresa. Preguntado por el doctor Alvarado: Diga dónde era antiguamente el área de la población, y manifieste el sitio o lugar en donde existió el antiguo cementerio de Girardot? Contestó: He conocido el área de la población hasta la calle diez y seis; el cementerio era en donde existe hoy el hotel San Germán, y me consta por haberlo oído decir, pero yo no lo conocí y desde hace cuarenta años que conozco este sitio, en donde dicen fue el cementerio y cuando lo conocí ya estaba edificado con ranchos. El testigo Lisandro Ortegón juró en forma legal decir verdad, toda la verdad y nada más que la verdad en la declaración que rindió, juramento que prestó previamente, es decir antes de rendir tal declaración.

Identificado el lote a que se refería la primera petición de la demanda, ubicado dentro el área de la población de Girardot, resultó que está alinderado así: "Por un lado, con lote y casa que ocupa Cupertina González y que fue antes de José María Urquijo; por el frente, con la calle que se desprende del hotel San Germán (continuación de la Avenida Central); por el otro con lote y casa de los señores Luis Carlos, José Alejandro y María Antonia Olavez; y por detrás con zona que ocupaba la carrilera del ferrocarril de Girardot, carrilera que está retirada en parte". El lote a que se refiere la segunda

petición de la demanda, también fue identificado y es el siguiente:

"Un lote de tierra que mide aproximadamente trescientos trece metros cuadrados, ubicados dentro del área de Girardot y alindado así: 'Por un lado con lote y casa que ocupa Fermín Albarracín; por el frente, con la calle que se desprende de la esquina del hotel San Germán (continuación de la Avenida Central); por el otro lado con lote y casa de Cupertina González; y por detrás con zona ocupada por la carrilera del Ferrocarril de Girardot, carrilera que como ya se dijo al identificar el otro, está retirada en parte".

Identificados los dos lotes anteriores, el señor Juez dispuso que los señores peritos rindieran su dictamen. Al efecto el perito doctor José Alberto Vélez expuso: "En mi calidad de perito de la parte actora, cargo que he jurado cumplir bien y fielmente conforme a leal saber y entender como ciudadano y abogado conceptúo que los lotes determinados en la demanda hacen parte integrante de la finca descrita en el certificado referente al registro inscripcional de la escritura número cincuenta y seis de treinta de mayo de mil ochocientos ochenta y seis otorgada en el Municipio de Tocaima y que en consecuencia los lotes demandados en la actual reivindicatoria forman parte integrante del lote denominado 'El Triángulo' en Girardot, lote general que hoy tiene los siguientes linderos: Por un lado con la línea principal del Ferrocarril de Girardot; por otro, con la línea de la carrilera que se desprende de la línea principal y que va a las bodegas del ferrocarril sobre el río Magdalena; y por el último, con área de la población y cementerio del distrito, hoy calle octava, continuación de la Avenida Central. También conceptúo que ha quedado establecida perentoriamente la identidad material y legal del mencionado 'Triángulo' en Girardot y para respaldar este doble concepto pericial me apoyo en los siguientes antecedentes y consideraciones: 1º En la inspección ocular y consiguiente concepto pericial que fue leído hoy ante el personal de la diligencia, concepto que a su vez se apoya en irrefragables razones lógicas y de hecho y que es dentro del expediente plena prueba; 2º En la prueba testimonial que fue recibida hoy en el acto de la diligencia y que por las condiciones morales o personales de los declarantes y el grado evidente de veracidad con que depusieron, en relación con hechos antiguos que son del dominio público en toda la población de Girardot, traen el convencimiento cierto de la autenticidad de sus aseveraciones, es decir, que en la manzana en donde hoy existe el hotel San Germán existió el primer cementerio de esta población y que el área de la población se extiende o extendía en ese entonces hasta la calle décima; 3º En la prueba testimonial que fue leída hoy también ante el personal de la diligencia y que por el contenido de cada testimonio constituye prueba completa respecto de los hechos y antecedentes de que se trata en la presente diligencia; 4º En que he examinado detenidamente todos los informativos de las acciones civiles falladas y en curso acerca de similares reivindicaciones del Estado y en ellos he encontrado plenamente establecida la identidad del prenombrado 'Triángulo', identidad que hoy se ha corroborado también en forma absoluta; 5º En que desde hace días he venido tomando referencias y datos fidedignos con personas honorables de esta localidad acerca de la existencia del primitivo cementerio de Girardot en la zona que hoy ocupa el hotel San Germán y he llegado por esas referencias al convencimiento íntimo de que es un hecho la existencia de ese cementerio que no puede remitirse a dudas; y 6º En el plano que fue exhibido hoy también y que es plena prueba mientras no sea desvirtuado en forma legal. Dicho plano necesariamente debió levantarse en forma honorable sobre los planos anteriores y existentes en el archivo respectivo de los Ferrocarriles Nacionales".

Acto continuo el perito señor Adolfo

Botero Uribe, rindió su concepto así: "Los lotes materia de la inspección opino que por no haber podido demarcar dos linderos del 'Triángulo' debido a que las declaraciones pedidas por la parte demandante sólo dicen que el cementerio existió porque han oído decir y de que una de ellas, la del señor Páez, dice claramente que hace cincuenta y tres años conoció edificado con varios ranchos y los títulos en que consta que uno de los linderos era el cementerio y dicho título tiene poco más o menos el mismo tiempo que hace que el señor Páez conoció las edificaciones, es imposible localizar este lindero y por lo tanto saber si los lotes hacen parte de dicho 'Triángulo'. El otro lindero que no he podido identificar es el de la carrilera que conduce de la línea principal a las bodegas del río, pues allí dicen los títulos que con terrenos de los vendedores, pero en las declaraciones recibidas no encuentro ninguna que especifique hasta dónde pueden llegar las tierras de los vendedores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar. En consecuencia, como no se pudieron identificar todos los linderos del 'Triángulo' conforme al certificado, es imposible saber si los lotes de terreno materia de la reivindicación están o no comprendidos dentro de los linderos de dicho lote 'El Triángulo'. Doy por reproducidos los linderos de los lotes materia de la reivindicación y los del 'Triángulo' que trae el certificado del Registrador protocolizado".

Acto continuo el perito tercero, señor José Joaquín García, rindió su concepto así: "Los lotes materia de la diligencia de inspección ocular, en lo referente a sus linderos, manifiesto que reconozco el lindero de la línea del ferrocarril que de esta ciudad conduce a Bogotá; en cuanto al lindero que dice de propiedad de los vendedores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar, no lo identifiqué por no haber habido pruebas que permitieran su identificación y en cuanto al lindero que se relaciona con el antiguo cementerio católico cuya extensión no está determinada, es difícil establecer el lindero, pues si bien es cierto que he oído decir que hace muchos años existió allí un cementerio, esto no indica que este lindero tuviera o tenga igual extensión al cementerio mencionado, por tanto siendo la citada extensión la base para localizar el 'Triángulo' materia de la diligencia y por ende la situación de los lotes, se llega a la conclusión de tampoco poderse identificar este lindero. En lo relacionado a los dos lotes que se identificaron, no se puede decir que están comprendidos dentro de los linderos generales de 'El Triángulo', ya que como se dijo antes, la mayor o menor extensión de ese lindero no está definida. En este estado el apoderado de la parte actora pidió al señor Juez y éste le concedió que los peritos ampliaran su dictamen sobre este hecho: Que si se toma como zona de triángulo del Ferrocarril de Girardot la comprendida en estos linderos por un lado con la carrilera que desprende de la línea principal y va a las bodegas del río Magdalena, y por último la calle octava, hoy calle décima, si en su concepto las zonas que se tratan de reivindicar y determinadas en la demanda están comprendidas dentro de los linderos de ese triángulo así formado. El perito de los demandados y el perito tercero, quienes no pudieron afirmar que los lotes reivindicados están dentro del "Triángulo", sí admiten por vía de hipótesis que en el triángulo a que la pregunta se refiere quedan comprendidos dichos lotes, y el perito de la parte actora afirma lo mismo pero en conformidad con el dictamen que rindió.

Los peritos, a solicitud del doctor Anzola, hicieron la siguiente salvedad: que el triángulo encerrado por las dos ferrovías y por la calle diez, es identificable como Triángulo; en cambio el lote a que se refieren la demanda y el certificado del Registrador, no lo pudimos identificar. Esta salvedad la hicieron el perito del demandado y el perito tercero, en cuanto al perito del actor dijo: Que conforme a los fundamentos de hechos y de-

rechos que tiene aducidos como apoyo de su concepto sí está establecida la identidad del triángulo en referencia y en relación con el determinado en la demanda y en el certificado del Registro de Tocaima a que se ha hecho referencia. El Juzgado hizo esta observación: recorrido el Triángulo formado por la calle décima, de un lado; la línea del ferrocarril que va de Girardot a Bogotá por otro, y la línea del ferrocarril que va a las bodegas del río, por el tercero, es evidente que los terrenos especificados en la demanda están comprendidos dentro de ese Triángulo.

Hace constar asimismo que por las pruebas que se adujeron en el curso de la diligencia no se puede establecer si el Triángulo alinderado es el mismo al que se refiere el certificado expedido por el Registrador de Tocaima. El abogado de la parte demandante hace constar que en las diligencias de inspección ocular de fecha diez y siete de julio de mil novecientos treinta y cinco y en el dictamen de los peritos relacionado con esa diligencia que corre al folio décimo y siguientes del cuaderno número 7, consta la identificación del Triángulo relacionado en la demanda, y que esa diligencia se adujo como prueba en este juicio. El vocero de la parte demandada hace constar que en la primera instancia de este pleito se practicó una inspección ocular en la cual no se pudieron identificar los linderos del lote llamado "El Triángulo" conforme a la demanda y al certificado del Registrador de Tocaima. Que siendo prueba practicada dentro de este mismo juicio tiene más valor que la practicada en juicios extraños a éste. También hace constar el mismo vocero que el plano presentado y que fue hecho en el año de 1934, carece de valor probatorio y debe desestimarse en la sentencia porque fue levantado sin audiencia de la contraparte y con posterioridad de cuarenta y ocho años a la fecha del certificado del Registrador de Tocaima.

El apoderado de la Nación observa a la última constancia del señor vocero de la parte demandada lo siguiente: "Que la inspección ocular que cita como prueba cuando se practicó quedó inconclusa, es decir, sin valor legal, y que el plano que corre en el expediente relacionado con la zona del Triángulo del ferrocarril de Girardot se adujo con la demanda y en ningún momento oportuno se tachó lo que le da toda su fuerza legal como prueba".

Se observa, en primer término, que los lotes individualizados en la demanda y que son objeto de la acción reivindicatoria, no corresponden, en cuanto a sus linderos, con los que se determinan en la escritura número 627 de 20 de marzo de 1933, de la Notaría 4ª de Bogotá, que es el título por el cual adquirió la demandada, según se expresa en el hecho 3º del libelo. Es decir, se pide la restitución de lotes que según expresa la demanda posee la demandada y fueron adquiridos por ésta como se determina en la escritura pública número 627 citada; pero hecha la confrontación de linderos, se ve que no hay identidad entre lo que se demanda y lo adquirido por la demandada, conforme al título de que se ha hecho mérito.

Pero aun en la hipótesis de que hubiera la conformidad que se echa de menos, faltaría lo más importante a los fines de la individualización, es a saber, la comprobación de que los lotes de que se trata hacen parte integrante, como se asevera en el hecho segundo de la demanda, del predio denominado "El Triángulo", adquirido por la Nación por compra a Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar, según escritura número 56 de 30 de mayo de 1886, de la Notaría de Tocaima.

La diligencia de inspección ocular no dejó establecido en forma satisfactoria para el actor, este importantísimo extremo de la litis. En efecto, tanto el perito designado por la parte demandada como el tercero, estuvieron conformes en que dos de los lados de "El Triángulo" no se pudieron identificar, y ambos concluyeron, por las razones expuestas en la diligencia, que no se puede saber si los lotes materia de la controversia están compren-

didos en el predio denominado "El Triángulo". El perito de la parte demandada y el tercero hicieron la siguiente salvedad que deja sin efecto la identificación aceptada por ellos por vía de hipótesis: Que el triángulo encerrado por las dos ferrovías, y por la calle diez es identificable como triángulo; en cambio, el lote a que se refiere la demanda y el certificado del Registrador, no lo pudimos identificar. Es concluyente al respecto el siguiente pasaje de la diligencia transcrita: "El Juzgado hizo esta observación: recorrido el triángulo formado por la calle décima, de un lado; la línea del ferrocarril que va de Girardot a Bogotá por otro, y la línea del ferrocarril que va a las bodegas del río, por el tercero, es evidente que los terrenos especificados en la demanda están comprendidos dentro de ese triángulo. Hace constar asimismo que por las pruebas que se adujeron en el curso de la diligencia no se puede establecer si el triángulo alinderado es el mismo al que se refiere el certificado expedido por el Registrador de Tocaima".

Como se vio arriba, el certificado del Registrador de Tocaima trae como linderos del predio "El Triángulo": "por un lado la línea principal del ferrocarril; por otro lado con tierras de los vendedores, y por otro con área de la población y el cementerio del Distrito". Si, como lo deja entender el personero de la parte actora, en la primera petición del libelo los dos últimos linderos fueron modificados, ha debido consignarse ese hecho entre los fundamentales de la demanda, con expresión de los motivos que determinaron el cambio; pero ni lo hizo así ni trajo a los autos ninguna prueba al respecto. A nada conducen, pues, ante la evidencia de que el predio "El Triángulo" no ha podido ser identificado en este pleito, las pruebas traídas por el demandante para demostrar que ya lo había sido en otros juicios.

No se niega en tesis general, que las pruebas practicadas en otros juicios, son admisibles en un juicio posterior. Pero la Corte encuentra inaceptable que con inspecciones oculares llevadas a cabo en otros pleitos se pretenda destruír el resultado de la misma prueba practicada en el presente juicio, en el que la inspección directa del Juez no ha producido el convencimiento de la identidad buscada.

La Corte tiene resuelto que es improcedente la reivindicación de una faja de terreno que tiene por lindero de un costado una línea que no ha podido identificarse sobre el terreno. En tal caso—ha dicho—es indeterminado el objeto materia de la reivindicación.

El caso que se examina es similar y cabe, por lo tanto, aplicar la misma jurisprudencia.

También ha dicho la Corte: "Cuando el terreno que se intente reivindicar no se ha podido señalar de una manera precisa, no se ha podido determinar, no se puede decretar la reivindicación, la cual recae sobre una cosa singular".

No hay lugar a examinar si procede o no la excepción perentoria de prescripción alegada por el apoderado de la demandada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el fallo apelado.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la oportunidad legal y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

FIANZA

El hecho de no haberse posesionado el fiado de un empleo de manejo que realmente ejerció no liberta al fiador de las obligaciones para con su fiado contraídas, pues de conformidad con el art. 252, inciso 2º, del Código Político y Municipal "las irregularidades de la diligencia de posesión y aun la omisión de tal diligencia, no anulan los actos del empleado respectivo, no lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Négocios Generales—Bogotá, julio diez y nueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

La Contraloría del Departamento de Boyacá, por auto número 297 de 25 de noviembre de 1933 feneció las cuentas del señor Rafael Beltrán, como Recaudador de Rentas Departamentales de Gachantivá, con alcance líquido de $ 235.35. Copia de este auto y de la respectiva diligencia de notificación fue enviada a la Recaudación de Saldos Departamentales de Tunja, entidad que, con base en ese proveído, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el responsable señor Rafael Beltrán y contra sus fiadores solidarios señores Campo Elías Avila y Gabriel Peñarate, a favor del Tesoro del Departamento de Boyacá, por la suma de $ 235.35 m/l.

Sirve de fundamento al mandamiento ejecutivo contra los mencionados fiadores solidarios del señor Beltrán, un documento privado que aparece en autos, constitutivo de la correspondiente fianza, y legalmente extendido.

Los ejecutados fueron debidamente notificados del auto ejecutivo.

El señor Campo Elías Avila, por medio de apoderado reconocido en juicio, propuso excepciones que fundó en los hechos siguientes:

"1º Según documento otorgado el 30 de mayo de 1931, Campo Elías Avila se obligó como fiador para responder del alcance que resultara en contra de Rafael Beltrán Díaz, como Recaudador de Rentas Departamentales en Sutamarchán o de cualquier otra población a donde fuera promovido en el mismo empleo Beltrán Díaz;

"2º Beltrán Díaz fue nombrado Recaudador de Rentas Departamentales de Sutamarchán, pero no se posesionó ni ejerció el puesto;

"3º No habiéndose posesionado ni ejercido el puesto de Recaudador de Rentas Departamentales, Rafael Beltrán Díaz, no podía ni pudo ser promovido a otra parte;

"4º Como posteriormente fue nombrado a desempeñar el cargo de Recaudador de Rentas Departamentales, Rafael Beltrán Díaz, en Gachantivá, se le ha debido exigir un nuevo aseguro, pues el documento a que he hecho referencia no podía constituír garantía para el Departamento, toda vez que los en él obligados, no quedaban comprometidos con dicha entidad, puesto que Beltrán Díaz no se posesionó ni ejerció el cargo, como ya está dicho, y no mediando estas circunstancias, desapareció todo vínculo jurídico que ligaba por medio de dicho documento a mi representado con el Departamento de Boyacá y en ese evento no le es exigible a mi poderdante el saldo que resultó a deber Beltrán Díaz como Recaudador de Gachantivá".

Del incidente de excepciones entró a conocer el Tribunal Superior de Tunja, el cual, por fallo de 7 de septiembre de 1939 las declaró no probadas. El excepcionante apeló, y de la alzada conoce la Corte Suprema de Justicia. Tramitado legalmente el negocio en esta Sala se procede a su decisión previas las consideraciones siguientes:

La cláusula que obliga a los fiadores referidos, y especialmente al excepcionante, contenida en el instrumento respectivo, dice así:

"Y para garantizar el fiel cumplimiento de todas las obligaciones expresadas y especialmente el pago de la suma de quinientos pesos ($ 500.00), fijada como cuantía por el Contralor General del Departamento, o de cualquiera otra cantidad que se deduzca a mi cargo por las oficinas de contabilidad de la Contraloría, de la Administración General de Rentas o de la Visitaduría del Círculo, doy por mis fiadores mancomunados y solidarios a los señores Campo Elías Avila y Gabriel Peñarete...., quienes declaran que se obligan conmigo solidariamente también y entre ellos del mismo modo, a responder por el manejo de la persona que, caso de solicitar y obtener yo alguna licencia temporal, deje recomendado sirviendo el destino bajo mi responsabilidad o en el caso de que sea promovido a cualquier otro empleo de manejo en el Departamento. (Subraya la Sala).

De autos resulta que por Decreto número 226 del 19 de mayo de 1931 fue nombrado el señor Rafael Beltrán Díaz Recaudador de Rentas Departamentales en la población de Sutamarchán. Obra en el expediente sobre el particular una certificación de la Secretaría de la Administración General de Rentas de Tunja. No se sabe si el nombrado se posesionó de su empleo ni si se hizo cargo de la oficina en que le correspondía actuar. La certificación que se trajo a los autos, expedida por el señor Juez Municipal de Sutamarchán, y la que hace el señor Alcalde Municipal de este mismo lugar, están en el sentido de que no hay ninguna constancia de que hayan cumplido los extremos anotados. Pero el Decreto número 263 del 12 de junio de 1931 que obra en el expediente en copia debidamente autenticada, por el cual se nombró al mismo Beltrán Díaz para el puesto de Recaudador de Rentas Departamentales en Gachantivá, se dice que se le promueve del empleo de Recaudador de Rentas Departamentales de Sutamarchán al de igual categoría en Gachantivá; lo que prueba que sí estaba el dicho Beltrán Díaz en ejercicio del primer cargo, ya que no se puede promover a alguien a determinado empleo sino cuando se encuentra desempeñando otro.

El hecho de que Beltrán Díaz no se hubiese posesionado del empleo, si es que efectivamente no se posesionó, no liberta al fiador de la obligación que contrajo de responder del manejo de aquél no solamente como Recaudador de Rentas Departamentales en Sutamarchán, sino también en cualquiera otro empleo departamental a que fuera promovido. El artículo 252, inciso 2º, del Código de Régimen Político y Municipal es terminante:

"Las irregularidades de la diligencia de posesión y aun la omisión de tal diligencia, no anulan los actos del empleado respectivo, no lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el fallo apelado.

Con costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES

La excepción basada en cualquier hecho que pueda resultar probado de autos es inadmisible cuando no se expresa desde el principio el hecho que la sustenta.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan Antonio Donado).

La Recaudación de Hacienda Nacional de Apía reconoció a favor de la Nación y en contra del señor Carlos García H. la cantidad de novecientos cuarenta y cuatro pesos ($ 944.00) m. l. por razón del impuesto sobre la renta. La suma reconocida proviene del referido impuesto, así: año de 1929, $ 20.00; año de 1930, $ 20.00; año de 1932, $ 24.00; año de 1933, $ 42.00; año de 1934, $ 96.00; año de 1935, $ 742.00. Debe además — dice el reconocimiento — intereses sobre la expresada cantidad desde la fecha en que las respectivas disposiciones legales autorizan su cobro.

Dicha Recaudación inició juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva contra el señor García, basándose en el mencionado reconocimiento.

El ejecutado propuso excepciones oportunamente, y de ellas entró a conocer la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Repartido el negocio al magistrado doctor Eleuterio Serna, por auto del 8 de octubre de 1938 fue devuelto a la oficina de origen para darle cumplimiento al artículo 15 de la ley 39 de 1921.

Vuelto a la Corte el incidente de excepciones, el Magistrado sustanciador lo tramitó legalmente. Habiéndose vencido el término probatorio sin que ninguna de las partes pidiera pruebas, el señor Carlos García H., pidió la restitución de dicho término, la cual fue negada por auto del 1º de febrero de 1940; este auto está ejecutoriado. Tramitado ya el negocio, se procede a considerar las excepciones propuestas que son las siguientes:

Inexistencia de las obligaciones que se demandan, ineficacia del instrumento ejecutivo en todo o en parte, error de cuenta, falsedad del instrumento ejecutivo, declinatoria de jurisdicción, y la innominada que consagra el artículo 329 del C. J.

Estos medios de defensa que el excepcionante distingue con las letras a), b), c), d), e) y f) los funda así:

"La de la letra a): No existen las obligaciones por las cuales se me ha ejecutado, especialmente la que se me dedujo como impuesto en el año de 1935, porque durante el año expresado no obtuve renta líquida que fuera gravable con la cantidad de setecientos cuarenta y dos pesos con que fuí gravado.

"La de la letra b): El instrumento ejecutivo es ineficaz, porque se refiere a un impuesto por una cuantía que no me corresponde, especialmente el del año de 1935, porque se me fijó un impuesto por una renta que no obtuve durante dicho año, y por lo mismo siendo ineficaz la causa, lo es también el efecto.

"La de la letra c): Se funda en que se me dedujo un impuesto sobre la renta del año de 1935, sin haber obtenido la renta a que dicho impuesto se refiere en lo cual se cometió un error de cuenta al hacer la liquidación respectiva que sirvió de base para el reconocimiento y para demandarme ejecutivamente por un impuesto errado.

"La de la letra d): El instrumento ejecutivo es falso, por cuanto contiene una obligación a mi cargo que es falsa, especialmente como ya lo he dicho en lo referente al impuesto del año de 1935.

"La de la letra e): La fundo en que no soy vecino del Distrito de Apía, sino del Distrito de Santuario de Caldas, y por lo tanto, considero que donde se me podía gravar era en el Municipio de mi vecindad, o sea en Santuario.

"La de la letra f): Esta excepción la fundo, en cualquier hecho no comprendido en los anteriores y que pueda resultar probado durante el curso del incidente.

Respecto a esta última se observa que la Sala de Negocios Generales tiene reiterada jurisprudencia en el sentido de que la tal excepción es inadmisible cuando no se expresa desde el principio el hecho que la sustenta. Así lo exigen — ha dicho la Corte — la precisión y la lealtad en los debates de esta naturaleza.

En lo que respecta las otras excepciones, no se ha dado ninguna prueba de los hechos que les sirven de fundamento. Sobre el particular dice el señor Procurador Delegado en lo Civil, lo siguiente que la Corte acoge:

"Existe el principio fundamental de que las excepciones que se alegan deben constituír hechos cuya prueba se halla a cargo de la parte excepcionante. Si esa prueba no se produce, las excepciones no conducen a otro fin distinto de que quien las alegó sufra las consecuencias procesales del caso. En el escrito ya citado el ejecutado propone siete excepciones, pero no se trajo al proceso la menor prueba que venga a desvirtuar los fundamentos y efectos legales del proveído que dio origen a la ejecución.

"En relación con el punto e) contentivo de la invocación de declinatoria de jurisdicción, como excepción perentoria, debe además tenerse en cuenta que ello no es alegable en juicio ejecutivo, en tal carácter, pues de existir y aceptarse, sus efectos procesales serían otros muy distintos".

Y cabe aquí repetir lo que en reciente fallo dijo esta Sala en un caso similar:

"Por todo lo que se deja expuesto se comprende que olvidó el demandado que quien excepciona se convierte en actor en lo que respecta a su excepción, y que, por lo mismo, debe acreditar los hechos en que las funda. Olvidó, además, el axioma forense que advierte a los litigantes que en las contiendas judiciales, no basta tener derecho, sino que es indispensable, a más de saberlo alegar, probar los hechos en que se funda. De nada nos sirve estar amparados por un derecho perfecto si los hechos que lo generan no aparecen respaldados en los autos con las pruebas pertinentes. Y es que los hechos son la fuente del derecho. 'Este se reconoce por aquéllos y sólo por ellos puede tener una aplicación exacta' ".

Sobre la eficacia del instrumento ejecutivo en todo o en parte, el artículo 1059 del Código Judicial establece que las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos prestan mérito ejecutivo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara no probadas las excepciones propuestas, y en consecuencia se dispone que siga adelante la ejecución.

Se condena en costas al excepcionante.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR — RECURSOS DE APELACION Y DE REPOSICION

1. La apelación solamente procede en el caso de que se niegue la reposición; concedida ésta, el recurso subsidiario carece de eficacia jurídica por el hecho mismo de no haberse presentado la condición a la cual estaba subordinado. — 2. Las causales de nulidad las señala el Código Judicial en forma taxativa y no simplemente enumerativa, y entre ellas no se ha incluído la de los autos interlocutorios apelados ante el superior y hallados por éste en contradicción con las normas legales.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor apoderado especial del Departamento del Tolima en el presente juicio ha pedido reposición del auto dictado por esta Sala el día seis del corriente mes por medio del cual se infirmó el proferido por el Tribunal de Ibagué el día 7 de febrero de 1940.

Tramitado el recurso, el ejecutante ha pedido sea denegada la reposición.

Contra el auto dictado por el Tribunal de Ibagué el 11 de diciembre de 1939 se interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación; el Tribunal concedió el primero por medio del auto de 7 de febrero que acaba de ser infirmado por la Corte en su auto de 6 de julio; en esta virtud, dice el apoderado del Departamento, queda vivo el de apelación interpuesto por el Fiscal subsidiariamente contra el auto de 11 de diciembre. Agrega que la providencia reclamada "no estudió ni se refirió al punto debatido ante el Tribunal a quo: si la caución de saneamiento ofrecida por el ejecutado debe ser de $ 5.000 —como lo sostiene el Departamento— o de 70.000, como lo ha solicitado y sostenido el ejecutante señor González. Lo que la Corte ha estudiado y ha resuelto ha sido únicamente el aspecto procedimental de si un auto es o no reponible en determinadas circunstancias; y con razones claras y jurídicas ha concluído sentando la doctrina que no rebato y que acepto de buen grado, de que por una parte el auto que fija la cuantía de una caución es interlocutorio, y por otra, que no es reponible, por no referirse a materia o punto distinto, o nuevo, el interlocutorio que impone, suprime o modifica una cuantía debatida desde un principio".

La reposición va encaminada, pues, a que se diga que la infirmación del auto de 7 de febrero no puede perjudicar la apelación oportunamente interpuesta en forma subsidiaria contra el auto de 11 de diciembre de 1939.

Se considera:

En primer lugar, la Corte rectifica el concepto del señor apoderado, para quien en el auto de 6 de julio no se hizo estudio alguno del punto discutido referente al monto de la caución de saneamiento. En esa providencia la Corte sí estudia lo referente al punto sustantivo controvertido, y acoge y transcribe en ella, por encontrarlas jurídicas, las razones enunciadas por el Tribunal para elevar en su auto de 11 de diciembre la cuantía de la caución de $ 5.000 a $ 70.000.

El problema jurídico planteado por el señor apoderado es el siguiente: Se inter-

puso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra una providencia; el Juzgador concedió el primero; apelada esta providencia por la contraparte e infirmada luégo por el superior, procede entonces considerar la primitiva apelación interpuesta en forma subsidiaria? La absolución afirmativa de este problema contradice — en concepto de la Corte— la finalidad de los procedimientos judiciales, que es el reconocimiento y ejecución de los derechos, para trocarlo en una actividad interminable con perjuicio evidente de la administración de justicia. Por el hecho mismo de haberse concedido el recurso principal, o sea el de reposición, el interpuesto en forma subsidiaria carece de existencia jurídica en el proceso. Los dos recursos no son recursos principales con vida independiente el uno del otro. El interpuesto subsidiariamente está condicionado al recurso principal, que en el presente caso es el de reposición; no surge a la vida jurídica sino en el único caso de que el recurso principal sea denegado; si éste se concede, la condición inherente a su existencia no ocurre, y por tanto, el recurso subsidiario no tiene operancia alguna dentro del juicio. Mal podría, una vez adelantado el proceso, y en virtud de un recurso subsidiario que no tuvo existencia por haber procedido el principal, volverse al primitivo punto de partida. A esa conclusión se llega después de examinar el artículo 492 del C. J. que dice: "El auto que niega la reposición de otro contra el cual no se interpuso en tiempo el subsidiario de apelación, es inapelable, a menos que en él se resuelvan puntos nuevos". Por manera que, la apelación solamente procede en el caso de que se niegue la reposición; concedida ésta, el recurso subsidiario carece de eficacia jurídica por el hecho mismo de no haberse presentado la condición a la cual estaba subordinado.

El señor apoderado formula a la Corte este interrogatorio:

"El problema, en otros términos, es este: El derecho a que el superior revise la solución de un punto sustancial en el proceso (en este caso la fijación de una cuantía), oportunamente interpuesto y en la forma prevista por determinada disposición legal, se pierde por la circunstancia de que el juez del conocimiento intercale una actuación que resulta improcedente".

El problema así planteado es otro muy distinto al que toca decidir a la Corte en el presente auto. No se trata aquí de una actuación improcedente intercalada por el juez del conocimiento, sino del desarrollo normal del proceso. El Tribunal a quo al reponer su propio auto de 11 de diciembre no hizo sino acceder a uno de los extremos pedidos por la parte ejecutada. Y al apelar el ejecutante contra el auto de 7 de febrero acudía al único recurso de que disponía conforme a la ley. Al acoger el Tribunal en su auto de 7 de febrero el recurso principal interpuesto, quedaba excluído legalmente el solicitado en forma subsidiaria. Si el Tribunal no hubiese accedido a la reposición, y hubiese, entonces sí, procedido la apelación, y venido en consecuencia a la Corte el expediente en virtud de ella, podría afirmarse que se trataba de una actuación intercalada en el proceso o del desarrollo jurídico del mismo? No se trata, pues, de un recurso en que la parte ejecutada haya de perder por la circunstancia de que el juez del conocimiento haya intercalado una actuación que resultó improcedente. El recurso no era sino uno impetrado en forma subsidiaria que no tuvo oportunidad de existir por haberse concedido el principal, y la actuación intercalada no ha existido tampoco en el presente juicio.

Dice el señor apoderado del Departamento que "es más propia, y sería más jurídica, digamos, la conclusión de nulidad del auto apelado, por haber sido pronunciado contra expresa prohibición de la ley". Se está refiriendo al auto del Tribunal de Ibagué de 7 de febrero, infirmado por la Corte.

La Corte observa que las causales de nulidad las señala el Código Judicial en forma taxativa y no simplemente enumerativa, y entre ellas no se ha incluído la de los autos interlocutorios apelados ante el superior y hallados por éste en contradición con las normas legales.

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, niega la reposición solicitada.

Cópiese y notifíquese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

TITULO EJECUTIVO EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

Para poder librar mandamiento de pago se deben tener en cuenta la jurisdicción del Juez y las formalidades de fondo y externas del título ejecutivo. Además, de la existencia de un título que preste mérito ejecutivo para que prospere la acción ejecutiva, deben estar determinadas de una manera cierta, los sujetos activo y pasivo de la acción. Ya la Sala tiene sentada jurisprudencia en el sentido de que en las ejecuciones que se siguen por jurisdicción coactiva contra las personas jurídicas de derecho privado debe comprobarse previamente su existencia y la personería de su representante. También ha dicho la Sala que en tales juicios "la prueba acerca de la personería del demandado ha de producirse con anterioridad a la demanda y aducirse con ella; por eso el artículo 232 del C. J. no es aplicable a esta clase de juicios".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

La Administración de Hacienda Nacional del Valle libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de "Laboratorios del Pacífico, S. A." por la cantidad de $ 1.050.51 m. l. por concepto del impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades; sirvió de recaudo el reconocimiento de 16 de octubre de 1939 que obra en autos.

El negocio pasó a conocimiento del Juzgado de Rentas Nacionales de Cali, entidad que hizo la notificación del mandamiento ejecutivo al señor Antonio Marulanda, a quien se señaló como representante legal de la empresa demandada.

El señor Marulanda interpuso el recurso de apelación contra el referido mandamiento; por tal motivo subió el expediente a esta Superioridad. Tramitada la apelación en forma legal, se procede a resolver lo pertinente.

La Corte acoge, en principio, el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, según el cual:

"Un título, para que sea ejecutivo, debe llenar las características de fondo y de forma prescritas por la ley, ya sean tales características generales, como acontece con las prescripciones del artículo 982 del Código Judicial, o especiales, como son las establecidas por el artículo 1059 de la misma obra, que prescribe.

"Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982 en estos juicios prestan también mérito ejecutivo:

"....

"2º Las copias de los reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos".

Para poder librar mandamiento de pago se deben tener en cuenta la jurisdicción del juez y las formalidades de fondo y externas del título ejecutivo. Con respecto a las formalidades externas, nada hay que objetar al que sirvió de recaudo en el presente juicio, pues la copia del reconocimiento hecho por el Administrador de Hacienda Nacional del Valle, es un documento que tiene según la ley, una presunción de verdad.

La alegación que hace el señor Marulanda de ilegitimidad de la personería de la sociedad demandada, por no estar comprobada legalmente su existencia, es cues-

tión que debe tenerse en cuenta en esta alzada, aunque tal hecho se haya presentado como una excepción perentoria.

Además del requisito de la existencia de un título que preste mérito ejecutivo para que prospere la acción ejecutiva, deben estar determinadas de una manera cierta, los sujetos activo y pasivo de la acción. Ya esta Sala tiene sentada jurisprudencia en el sentido de que en las ejecuciones que se siguen por jurisdicción coactiva contra las personas jurídicas de derecho privado debe comprobarse previamente su existencia y la personería de su representante. También ha dicho ya esta Sala que en los juicios de la naturaleza del presente, "la prueba acerca de la personería del demandado ha de producirse con anterioridad a la demanda y aducirse con ella; por eso el artículo 232 del Código Judicial no es aplicable a esta clase de juicios".

Como en el presente caso no aparece acreditada la existencia legal de la sociedad demandada, ni el carácter de representante legal de la entidad que tenga el señor Marulanda, es prematuro el mandamiento de pago.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto de 18 de octubre dictado por la Administración de Hacienda Nacional de Cali.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EMBARGO.—ACUMULACION DE AUTOS.—AUTOS INTERLOCUTORIOS Y DE SUSTANCIACION

1.—El respectivo embargo de la cosa que se persiga en los juicios que han de ser materia de la acumulación, debe preceder a ésta.—2.—En nuestro derecho procesal civil se reconocen autos interlocutorios y autos de sustanciación. Los primeros son los que tienen las características contempladas en el artículo 466 del C. J., numeral 2º, y los últimos, los que se determinan en el numeral 3º del mismo artículo. No trae el Código Judicial providencia de naturaleza mixta. Si ocurre que en el mismo auto se resuelve un punto que ha debido ser materia de un incidente y otro que mira simplemente al curso progresivo de la actuación, ese auto habrá de catalogarse entre los interlocutorios, por ser de esta naturaleza la providencia que decide una cuestión incidental.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Antonio Donado)

Por auto de 18 de enero de 1940, el Juzgado de Rentas Nacionales de Bolívar decretó la acumulación de los juicios que por jurisdicción coactiva y por concepto de impuestos adeudados al Erario Nacional, sigue esta entidad contra los señores José María de la Espriella, Rosa Amelia Jiménez de Delgado, Teresa Navarro viuda de Torres, Ernesto Navarro, Teresa Piñeres vda. de Jiménez y Diofante de la Peña.

En el mismo auto se decretó el desembargo de los bienes que habían sido embargados a cada uno de los ejecutados en los respectivos juicios ejecutivos, y el embargo, secuestro y avalúo del Faro de las Bocas de Ceniza, en el Departamento del Atlántico, cuya concesión—dice el auto—está actualmente en manos de los ejecutados.

El apoderado de los señores Ernesto Navarro y Teresa Navarro viuda de Torres, pidió la reposición de dicho auto, y en subsidio interpuso recurso de apelación. Negada la primera, se concedió el segundo para ante esta Superioridad, en donde se procede a resolver lo que sea legal por estar surtida la tramitación de rigor.

Tres son los puntos principales del auto recurrido: a) la acumulación de los autos; b) el desembargo de bienes trabados en los juicios que se acumulan; y c) el embargo del Faro de Bocas de Ceniza, que se dice de propiedad de los ejecutados.

Como se contempla el caso de desembargo de bienes, se plantea la cuestión de saber sí ha de entenderse interpuesto el recurso contra la totalidad del auto apelado. A este respecto el señor Procurador Delegado en lo Civil expresa su opinión en el sentido de que: "la apelación interpuesta por los ejecutados debe entenderse únicamente en lo desfavorable, o sea en cuanto se decretó la acumulación y el embargo del Faro. Por una parte—continúa aquel funcionario — los escritos en que previamente pedían reposición así lo indican, y por otra, el desembargo de bienes del ejecutado no es medida desfavorable a éste".

Considera la Sala: del memorial en que se pidió la reposición del auto apelado y de la manifestación expresa hecha ante

la Corte por el apoderado de los recurrentes, se desprende, sin la menor duda, que dicho auto fue recurrido en toda su integridad. En efecto, en aquel memorial se lee lo siguiente: "Como apoderado de la señora Teresa Navarro de Torres, viuda, en las diligencias de jurisdicción coactiva contra ella, carácter con que he venido actuando especialmente desde el 5 de los corrientes, notificado como fuí ayer de la providencia o auto del 18, pido reposición de él para que sea revocado en todas sus partes". Y en el alegato presentado ante esta Superioridad dijo el reposicionista lo que sigue: "El desembargo y embargo dicen relación íntima con la acumulación, y al revocar el auto en cuanto a la acumulación, no podría esa Honorable Corte prescindir de hacer el análisis sobre la legalidad o ilegalidad de la totalidad de la providencia, estando además presente el hecho de que mi poderdante intentó el recurso contra la totalidad del auto por considerarlo perjudicial".

Por otra parte, se puede aceptar que, en tesis general, el desembargo de bienes del ejecutado no es medida desfavorable a éste. Pero ello no se puede sostener de modo absoluto: casos habrá en que si el desembargo no ha sido pedido por el ejecutado, como ocurre en el presente caso, y se decreta, como consecuencia de una indebida acumulación, con el fin de asegurar otro bien más valioso del mismo ejecutado, para éste la medida resulte desfavorable.

Por lo que antecede, la Sala cree que se está en el caso de considerar cada uno de los puntos mencionados anteriormente.

Acumulación de autos

"Sólo puede decretarse la acumulación de autos — dice el artículo 397 del Código Judicial — a instancia de parte y en los casos siguientes: 1º Cuando de seguirse separadamente los juicios, se divida la continencia de la causa.—2º Cuando se sigue un juicio de cesión de bienes o de concurso de acreedores, el cual atrae las ejecuciones que se siguen contra el deudor, o cuando en dos o más ejecuciones se persiguen unos mismos bienes".

"Se entiende dividirse la continencia de la causa (reza el artículo 398, ibídem), para los efectos expresados en el artículo anterior:

..... 4º Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos, y haya, por consiguiente, diversidad de personas;....."

En este numeral creyó el Juez de Rentas Nacionales de Bolívar encontrar apoyo para la acumulación de que se trata; pero estima la Sala que la afirmación que se hace en la providencia apelada, de que se trata de ejecuciones que han tenido la misma causa, es completamente gratuita. Como acertadamente lo observa el señor representante del Ministerio Público, "no consta en los autos que las distintas ejecuciones tengan una misma causa, como se afirma en el auto recurrido. Proceden todas de impuestos sobre la renta y sus accesorios, pero no aparece que la fuente inmediata del gravamen sea una misma. Si bastara la uniformidad del impuesto, se podrían seguir acumulativamente todas las ejecuciones contra todos los contribuyentes a él que se hallaran retardados".

Podrá decirse que procede la acumulación por perseguirse un mismo bien, el Faro de Bocas de Ceniza? De ninguna manera.

No hay base en los autos para sostener que en los ejecutivos acumulados se persigue un mismo bien. Es muy otra la verdad procesal. El respectivo embargo del mismo bien que se persiga en los juicios que han de ser materia de la acumulación, debe proceder a ésta. Si, pues, el embargo del Faro de Bocas de Ceniza se hizo en el mismo auto que decretó la acumulación, y como consecuencia de la misma, resulta insostenible la tesis de que en los juicios acumulados se persiga un mismo bien.

Desembargo de bienes y embargo del Faro de Bocas de Ceniza

Estas medidas fueron decretadas como consecuenciales de la acumulación ilegalmente ordenada. Lógico y jurídico es, pues, que al desaparecer ésta desaparezcan las consecuencias. Ni cómo podría mantenerse un embargo que no se ha decretado separadamente en ninguno de los juicios de que se ha hecho mención? Cómo podría, en las mismas circunstancias, tenerse por desembargados los bienes sujetos a la traba ejecutiva en cada uno de los referidos juicios? Es que no debe perderse de vista que revocado, como tendrá que serlo, el auto que decreta la acumulación, los juicios que a ésta se refiere habrán de continuar su curso legal; y si en ninguno de tales se ha decretado el desembargo de los bienes trabados, ni el embargo del Faro de Bocas de Ceniza, no hay razón para tener por realizados tales actos en esos ejecutivos, que habrán de seguirse tramitando separadamente. En síntesis, desaparecida la acumulación, se reponen las cosas al estado que tenían antes de decretarla, en lo que respecta al desembargo y embargo de que se ha hecho mérito.

Observa el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"El decreto de embargo dentro de un juicio ejecutivo es auto de pura sustanciación, y de consiguiente inapelable, pues mira tan sólo al adelantamiento del juicio hacia su fin jurídico-procesal, sin que tenga ninguna de las características del auto interlocutorio según términos del artículo 466, numeral 2º, del Código Judicial".

La Sala considera:

En nuestro derecho procesal civil se reconocen autos interlocutorios y autos de sustanciación. Los primeros son los que tienen las características contempladas en el artículo 466 del Código Judicial, numeral 2º, y los últimos, los que se determinan en el numeral 3º del mismo artículo. No trae el Código Judicial providencias de naturaleza mixta. Si ocurre que en el mismo proveído se resuelve un punto que ha debido ser materia de un incidente, y otro que mira simplemente al curso progresivo de la actuación, ese proveído habrá de catalogarse entre los interlocutorios, por ser de esta naturaleza la providencia que decide una cuestión incidental.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, revoca la providencia apelada en todas sus partes. En consecuencia, en los ejecutivos que habrán de seguirse separadamente, continuarán embargados los bienes que lo habían sido con anterioridad al auto de acumulación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION DE LANZAMIENTO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Roberto Fernández demandó al departamento de Cundinamarca ante el tribunal superior de Bogotá, para que previos los trámites respectivos se decrete el lanzamiento de la entidad demandada de la casa número 14-88 de la carrera 13 de esta ciudad, cuyos linderos se determinan en el libelo.

El actor adujo como causa de la demanda el hecho de que el departamento en su calidad de arrendatario ha dejado de pagarle varios cánones de arrendamiento de la referida casa, de conformidad con las estipulaciones del contrato de fecha 7 de junio de 1938.

Corrido el traslado de la demanda al señor fiscal del citado tribunal, este funcionario manifestó que se oponía formalmente al lanzamiento y al efecto hizo la consignación de que habla el artículo 1105 del código judicial.

Agotada la tramitación de rigor, el tribunal en sentencia de fecha 18 de abril del año en curso negó el lanzamiento solicitado por el demandante y absolvió al departamento de los cargos contenidos en la demanda.

Contra la anterior providencia interpuso Fernández el recurso de apelación, que por estar ya debidamente sustanciado pasa la Sala a decidirlo.

El señor procurador delegado en lo civil conceptúa que la sentencia recurrida debe ser confirmada en todas sus partes, fundándose para ello en las siguientes razones que la Corte encuentra rigurosamente ajustadas a la ley y a la verdad procesal:

"Probado está en el proceso que el arrendatario pagó dicho canon al depositario judicial de la finca arrendada en virtud de haber sido secuestrada ésta en juicio ejecutivo.

"El depositario es un tenedor en nombre del poseedor, y en el caso de autos quedó ocupando el lugar del arrendador de la finca para todos los efectos del contrato, porque así lo dispuso una providencia judicial.

"El arrendatario no podía ni puede desconocer de hecho los efectos de tal providencia. Tenía y tiene la obligación de acatarla mientras ella subsistá.

"El pago del canon al depositario por virtud de aquella orden judicial debe, por tanto, tenerse como hecho al propio arrendador en virtud de haber quedado aquél ocupando el lugar de éste.

"Si la posesión de la finca, y consecuencialmente el derecho a percibir los cánones, pertenece a Roberto Fernández o a la sucesión de Tomás Fernández, es cuestión sujeta a la decisión del Juez mediante la promoción y el trámite del incidente respectivo. En ningún caso puede el arrendatario, a quien sólo corresponde cumplir la orden del Juez, decidir el punto por sí y ante sí.

"Síguese de lo anterior que el pago de los cánones a quien por orden judicial quedó colocado en el lugar del arrendador, libertó al arrendatario de la respectiva obligación. No existe, pues, la **causa petendi** alegada por el actor".

La sala estima que los anteriores razonamientos del señor procurador delegado

son más que suficientes para desvirtuar por completo las afirmaciones del demandante en el sentido de que el departamento ha dejado de cumplir el contrato de arrendamiento a que se ha hecho referencia. El pago de los respectivos cánones debe considerarse válido, como quiera que ha sido hecho a persona autorizada por el juez para recibir. A este respecto es muy clara y terminante la disposición del artículo 1634 del código civil.

En cuanto a que el embargo sea ilegal debido a que ha recaído sobre un bien que no pertenece a la persona ejecutada sino a un tercero, semejante alegación implica necesariamente un debate ajeno en absoluto al juicio de lanzamiento. Si el actor estima que han sido desconocidos sus derechos sobre la casa arrendada al departamento, debe formular la respectiva reclamación dentro del juicio ejecutivo en que se decretó dicho embargo. Como con todo acierto lo dice el tribunal, "el procedimiento ejecutivo brinda diferentes oportunidades procesales a los terceros para hacer valer sus derechos en relación con los bienes de su propiedad y por ellos poseídos, que lleguen a verse incautados en la ejecución".

Por lo relacionado, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia materia de la apelación, o sea la que pronunció el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá en el juicio de lanzamiento seguido por Roberto Fernández contra el departamento de Cundinamarca.

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

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE DECLARA INFUNDADA LA OBJECION DE ERROR GRAVE

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta.

En el juicio ordinario que el señor Tomás Olano Riascos sigue contra la Nación por indemnización de perjuicios, el apoderado de la parte demandante solicitó la práctica de una inspección ocular sobre el texto autógrafo del certificado expedido por el profesor Marchoux, y que se dictaminara por peritos sobre lo siguiente:

"1º Posición del Prof. Marchoux en el mundo científico como leprólogo;

"2º Posibilidad, o **imposibilidad científica**, de que el Cap. Ruperto Victoria hubiera **adquirido** el contagio de la lepra en las casas que ocupaban el Regimiento "Pichincha" número 10 y las oficinas del Comando de la Tercera División del Ejército Nacional en la ciudad de Cali, por haberse constatado que en dichas casas vivieron diez años antes (o un número considerable de años antes) dos personas, o más, que fueron declaradas leprosas EN AQUEL ENTONCES;

"3º Cuál es el número de años que, según la tesis científica más universalmente aceptada, dura por término medio el proceso de incubación del bacilo en el paciente, y

"4º Si en fuerza de toda la historia y las comprobaciones existentes en este proceso, pueden afirmar que de conformidad con los dictados de la ciencia en estas materias el Cap. Victoria se hallaba ya enfermo a la fecha de su ingreso a las casas de la familia Barona". (Fl. 1º del cuaderno número 5).

Fueron peritos los señores doctores Federico Lleras Restrepo y José Erasmo Torres por parte de la Nación y del demandante, respectivamente. La inspección ocular se verificó el 25 de octubre de 1938. Los dictámenes periciales fueron rendidos separadamente; el doctor Lleras Restrepo fue objetado por el demandante en lo que se refiere al punto primero transcrito.

Tramitada en regla la articulación a que dio lugar esta objeción, es llegada la oportunidad de resolver lo que sea legal.

Sea lo primero observar que existiendo, como existe, desacuerdo en los dictámenes de los expertos, en lo que al punto primero se refiere, lo pertinente era hacer entrar al perito tercero para que dirimiera la discordia. En los casos de desconformidad mientras no ha intervenido el tercero, no está completo lo que en técnica procesal se llama dictamen pericial, y no cabe, por tanto, ordenar que se ponga en conocimiento de las partes dicho dictamen para los efectos indicados en el artículo 719 del Código Judicial. Pero es el caso que existe un auto que es ley del proceso, en el que se ordena dar aquel conocimiento y sobre esa base, ya inmodificable, se surtió la correspondiente articulación. Precisa, pues, resolverla.

El dictamen del doctor Lleras Restrepo en la parte objetada es del tenor siguiente:

"El profesor Marchoux no es propiamente un leprólogo, tal como debe entenderse esta palabra, pero si ha hecho investigaciones en relación con la bacteriología y serología de la lepra humana. La mayor parte de sus estudios se refieren a la lepra experimental de las ratas, enfermedad producida por un bacilo ácido-alcohol resistente descubierto por Stefansky en el año de 1903". (Fl. 10 del cuaderno número 5).

El doctor Lleras amplió su dictamen en los siguientes términos:

"El profesor Marchoux no es un lepró-

logo propiamente. Ha limitado sus actividades en materia de lepra a la bacteriología del bacilo de Hansen y a la lepra experimental de las ratas. La ciencia de la leprología es muy vasta. Se llaman leprólogos aquellos que dominan la materia por todos sus aspectos (científico, médico, higiénico y social) y por tanto el Profesor Marchoux no es considerado por los especialistas como tál. Hasta el menos informado en estas materias, sabe que estos especialistas no se forman sino mediante largos estudios y práctica en las leproserías y en países en donde la lepra es endémica como acontece en Colombia, en las Colonias Inglesas y Americanas, en el Brasil, etc. En Francia la lepra se considera como una enfermedad exótica. Lo que acontece es que aquellas personas poco ilustradas en la materia, ingenuamente se imaginan que los sabios que se han distinguido en una o en otra forma son universales, y que sus conocimientos se extienden en un tema científico a todos los demás, y esas personas respetuosamente escuchan y acogen como dogmas sus palabras y teorías, imaginando que sobre otros tópicos tienen también la misma autoridad que sobre aquellos que han estudiado a fondo. El Profesor Marchoux también ha trabajado en la bacteriología del bacilo de Koch (tuberculosis humana) y a nadie se le ha ocurrido calificar a este Profesor como la más alta autoridad en materia de tuberculosis". (Fl. 14 del cuaderno número 5).

La objeción se basa en que hay error grave en sostener que el Prof. Marchoux no es un leprólogo propiamente.

En el término probatorio de la correspondiente articulación se trajo como prueba una proposición aprobada por unanimidad por la Academia Nacional de Medicina que dice así:

"Contéstese a la Corte Suprema de Justicia, en relación con la pregunta que formula a la Academia Nacional de Medicina, que esta Academia considera al Profesor E. Marchoux, del Instituto Pasteur de París, como autoridad mundial sobresaliente en cuestiones de leprología, rama de la medicina en que ha ocupado prominentes posiciones como la Presidencia de la última Conferencia Internacional de Lepra que se verificó en el Cairo en marzo de 1938".

También se adujo como prueba un número de la Revista Colombiana de Leprología en que aparece que la Sociedad Colombiana de Leprología aclamó por unanimidad al Prof. Marchoux como uno de sus miembros honorarios en su condición de leprólogo.

El objetante debió enderezar sus impulsos probatorios a demostrar una de dos cosas: o que es errado el concepto del doctor Federico Lleras Restrepo en cuanto afirma que se llaman leprólogos aquellos que dominan la materia (que según él es muy vasta) por todos sus aspectos (científico, médico, higiénico y social), o que hay error en negar que el profesor Marchoux sea un leprólogo propiamente, porque sí domina la leprología por todos los aspectos a que alude el perito doctor Lleras Restrepo. No se ha dado ninguna de estas comprobaciones, pues de la proposición transcrita de la Academia de Medicina de Bogotá, no resultan rebatidos los argumentos que expone el doctor Lleras para concluír que "el profesor Marchoux no es un leprólogo propiamente".

Muy respetable es la opinión del ilustrado centro científico colombiano, pero desprovista como se halla de razones que desvirtúen el dictamen fundamentado del perito doctor Lleras, la Corte no puede acogerla, como demostración plena de que éste incurrió en error grave al decir que el profesor Marchoux no es un leprólogo propiamente.

La aclamación que por unanimidad hiciera la Junta Directiva de la Sociedad Colombiana de Leprología del nombre del profesor Marchoux, como miembro honorario de esa sociedad en su condición de

leprólogo, tampoco lleva al ánimo el convencimiento de que haya en el dictamen del perito doctor Lleras el error que se le atribuye.

En consideración de lo expuesto, se declara infundada la objeción hecha al dictamen del perito doctor Federico Lleras Restrepo.

Notifíquese.

Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES.

Entre las excepciones que se presenten en un juicio ejecutivo no es admisible la que no concrete desde el principio los hechos en que se funda. Así lo exigen la precisión y la lealtad en debates de esta naturaleza.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

En el juicio ejecutivo que el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales adelanta contra el señor Gonzalo Jiménez para la efectividad de varios créditos a favor del Tesoro Nacional, provenientes de alcances deducidos por la Contraloría General de la República a cargo del responsable señor Jiménez, en su calidad de Administrador de Rentas Comisariales del Caquetá, el Juez Ejecutador dictó mandamiento de pago contra los señores José Joaquín Nieto y José Méndez S., a favor de la Nación por la suma de $ 22.00, $ 150.91, $ 544.34 y $ 1.938.84 (valor de los varios alcances deducidos a cargo del citado señor Jiménez), más sus accesorios.

La ejecución contra los señores Nieto y Méndez tiene por fundamento la escritura pública número 427 del 29 de abril de 1931, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, y por la cual los expresados señores se constituyeron fiadores solidarios, a favor de la Nación, para responder del manejo del señor Gonzalo Jiménez V. como Administrador de Rentas Comisariales del Caquetá. La apelación interpuesta por los expresados fiadores ejecutados fue decidida por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 13 de junio de 1934, en el sentido de confirmar en todas sus partes el auto ejecutivo materia del recurso.

Por auto del 23 de marzo de 1938, el Juzgado Ejecutor decretó la acumulación del juicio ejecutivo que contra el fiador señor José Méndez S., adelantan los herederos del doctor Abraham Arenas en el Juzado 2º Civil del Circuito de Bogotá, al que sigue la Nación contra el mismo ejecutado señor Méndez. Por causa de la anterior acumulación, se promovió un incidente de tercería, el cual fue resuelto por la sentencia de graduación de créditos dictada por la Corte Suprema de Justicia el 22 de agosto de 1939.

En tiempo oportuno el ejecutado señor Nieto presentó un escrito de excepciones por medio de su apoderado en este juicio. Para conocer del incidente respectivo es competente esta Sala, y estando el negocio para su decisión, a ello se procede, mediante las consideraciones siguientes:

El excepcionante propuso como excepciones perentorias las que siguen:

"I—Inexistencia de la obligación.

"Fundamento: La obligación deducida en justicia proviene de alcances formulados por la Contraloría al principal obligado señor Jiménez y esos alcances no han sido deducidos en forma legal, ni el monto de ellos está conforme con la realidad de las operaciones de contabilidad practicadas para deducirlos.

"Por otra parte esas glosas o alcances son y deben ser revisados por el Consejo de Estado, formalidad que no se ha cumplido y recurso al cual (sic) tienen pleno derecho los fiadores del responsable.

"II—Invoco también como excepción cualesquiera otros hechos que la ley erija como tales y que en el curso del incidente lleguen a ser probados".

El señor Procurador Delegado en lo Ci-

vil se expresa en su alegato de conclusión en esta forma:

"El negocio se halla exactamente en el mismo estado jurídico-procesal en que lo encontró la Procuraduría cuando en la contestación a las excepciones dijo:

"Ni se expresa hecho concreto que sustente el concepto de la pretendida ilegalidad en la deducción de los alcances, o el supuesto error en las operaciones de contabilidad, ni aparece que los responsables hayan interpuesto los recursos de ley para que hubiera habido lugar a la revisión por el Consejo de Estado, cuya falta alega el excepcionante, ya que esa revisión no puede operarse de oficio".

"Y en cuanto a la alegación sostenida en el aparte II del libelo exceptivo, a más de no enunciar hecho concreto alguno constitutivo de excepción, como era de rigor, no aparece provista de elemento probatorio alguno en el proceso".

La Corte acoge el anterior concepto del señor Agente del Ministerio Público por estar conforme con la realidad de los hechos que aparecen claramente establecidos en el expediente respectivo, y porque consulta las normas legales que rigen sobre la materia.

En cuanto a lo que se propone como excepción con el número II, cabe repetir lo que tantas veces ha dicho esta Sala: entre las excepciones que se presenten en un juicio ejecutivo no es admisible la que no concrete desde el principio los hechos en que se funde. Así lo exigen la precisión y la lealtad en los debates de esta naturaleza.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el señor José Joaquín Nieto en el presente juicio ejecutivo, y ordena seguir adelante la ejecución.

Con costas a cargo del excepcionante.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

CONFIRMACION DEL AUTO RECURRIDO.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

El señor Roberto Fernández demandó ejecutivamente ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de febrero de 1940, al Departamento de Cundinamarca para que le fuese pagado la suma de $ 3.000.00 (tres mil pesos) m/l., valor de arrendamientos que dicha entidad le adeuda, más los intereses legales de dicha suma.

Como hechos de la demanda se enunciaron los siguientes:

"Primero:Celebré con el Departamento de Cundinamarca un contrato de arrendamiento que tuvo por objeto la casa marcada con el número 14-88 de la carrera 13 de esta ciudad, cuyos linderos son los siguientes: "Por el oriente y sur con propiedad de los señores Sayer; por el occidente y norte, con la carrera trece y calle quince respectivamente.

"Segundo: El referido contrato aparece celebrado con el Director de Instrucción Pública del Departamento, contrato que fue debidamente aprobado por el señor gobernador, como así resulta comprobado con la copia que en dos fojas útiles acompaño al presente libelo.

"Tercero: Como el contrato fue celebrado con un funcionario público el documento en el cual se hizo constar su celebración no necesita de ninguna otra formalidad posterior en cuanto a su prueba, es decir, que el funcionario o los funcionarios públicos que intervinieron en la confección del documento en el cual se hizo constar el contrato no necesitan ser llamados para que reconozcan su contenido, porque ellos han intervenido como funcionarios públicos y no como personas privadas o particulares.

"Cuarto: Consta en la cláusula tercera del documento extendido en esta ciudad el día 7 de junio de 1938, que el Departamento debía pagarme como arrendamiento mensual la cantidad de quinientos pesos m/c., por mensualidades vencidas. Y llamo la atención al tenor literal de esa cláusula, en donde expresamente se dice lo siguiente: 'cantidad que el Departamento hará pagar al contratista, o a su representante legal'.

"Quinto: El Departamento de Cundinamarca no ha cumplido con lo estipulado en la cláusula tercera del contrato, pues me debe los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de septiembre del año próximo pasado hasta febrero del presente o sean seis meses vencidos, el último hoy.

"Sexto: El Departamento de Cundinamarca se halla en mora en el pago de los cánones de arrendamiento".

El Tribunal citado, por auto del 18 de abril del presente año, no accedió a decretar la ejecución demandada.

Luégo, el demandante, en memorial de corrección de la respectiva demanda, pidió nuevamente que se librara orden de pago por la vía ejecutiva a su favor y a cargo del mismo Departamento, por la suma de $ 3.500.00. El mismo Tribunal negó de nuevo el mandamiento de pago, en auto con fecha del 30 de mayo del presente año. Por apelación interpuesta por el ejecutante contra esta providencia, ha subido el negocio a esta Superioridad, en donde se le ha dado la tramitación de regla, y se procede a su decisión final previas estas consideraciones:

El Tribunal sostiene que la obligación

cuyo cumplimiento se exige en este juicio, está subordinada a una condición suspensiva que la hace inexigible, y que por tanto no puede prosperar la acción ejecutiva. Apoya la aseveración anterior en la Cláusula Décima Tercera del respectivo contrato de arrendamiento, que es del tenor siguiente:

"Es entendido que las obligaciones que el Departamento contrae, quedan subordinadas a lo establecido en el artículo 32 de la Ordenanza 36 de 1935, respecto del certificado de reserva que debe expedir la Contraloría General del Departamento, sobre apropiaciones de fondos para atender al cumplimiento de este contrato y que la entrega de las sumas de dinero, por concepto de tales obligaciones queda sometida a las apropiaciones que de tales sumas se haga en el presupuesto de la vigencia fiscal respectiva, según lo dispone el artículo 34 de la ya citada Ordenanza".

Como bien claro se observa en vista de la cláusula transcrita anteriormente, la obligación contraída por el Departamento en el contrato de arrendamiento que sirve de base a la demanda, está sujeta al cumplimiento de dos hechos que determinan una verdadera condición para su efectividad.

Estos hechos son: a) la correspondiente apropiación presupuestal en la vigencia fiscal respectiva para atender al pago de las obligaciones contraídas; b) la reserva de los fondos necesarios para el mismo objeto.

El modo de acreditar estos hechos está expresamente establecido en el artículo 32 de la Ordenanza número 36 de 1935 dictada por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, de una manera especial, es decir, por medio de una certificación del Contralor Departamental.

Con todo, podría aceptarse la demostración de que había sido apropiada la partida correspondiente en el caso en examen, con un ejemplar debidamente autenticado de la Gaceta del Departamento, en la que aparezca publicado el presupuesto; pero no se ha dado esa prueba, ni la de que se hubiese hecho la reserva de que se habla en la cláusula décima tercera citada. La prueba de la apropiación presupuestal por medio del certificado de la Secretaría de Hacienda que obra en autos es inaceptable. Y aún en la hipótesis de aceptarse como prueba dicho certificado, quedaría establecido el hecho de la apropiación, mas no el de la reserva, el cual es un elemento constitutivo de la condición contenida en la cláusula mencionada.

Ahora bien, a tenor del artículo 1541 del Código Civil las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida. Y preceptúa el 1542, inciso 1º, ibidem, que "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente". Estando, como está, la obligación a cargo del Departamento de Cundinamarca que se trata de exigir ejecutivamente, pendiente del cumplimiento de una condición, lógicamente hay que concluir que el título exhibido como recaudo no satisface una de las exigencias del artículo 982 del Código Judicial, la de ser actualmente exigible, y que por lo mismo, es improcedente, por prematura, la acción ejecutiva.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma el auto del 30 de mayo del presente año dictado por el Tribunal Superior de Bogotá,.

Se condena en costas al apelante.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES.

El colector que remite a su superior los bienes de la colecturía, con personas extrañas por cuyo hecho o culpa se extravían, es responsable.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre veinte de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca, con fecha siete de junio de mil novecientos treinta y ocho, libró orden de pago, por la vía ejecutiva a favor del Departamento de Cundinamarca y contra el señor Andrés A. Baquero por la suma de doscientos noventa y nueve pesos con ochenta y cinco centavos, por los intereses al 10 por 100 anual devengados desde el día 17 de marzo de mil novecientos treinta y ocho hasta que se efectúe el pago, y por las costas del juicio. Sirvieron de recaudo ejecutivo el auto de fenecimiento número 0148 y el de ejecutoria número 0325, de fechas 22 de diciembre de 1937 y quince de febrero de 1938, respectivamente, dictados por el señor Auditor Fiscal de Rentas de Cundinamarca en el fenecimiento de la cuenta del Colector de Rentas de Cabrera.

Notificado el expresado mandamiento ejecutivo al demandado señor Baquero, éste interpuso el recurso de apelación. El Tribunal Superior de Bogotá, por providencia de fecha 24 de julio del año pasado, declaró ejecutoriado el auto ejecutivo apelado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 353 del C. J.

En la oportunidad legal, el apoderado del demandado, presentó como hechos exceptivos, los siguientes:

"1º Como lo expone el auto de fenecimiento número 0148 de 22 de diciembre de 1937, en la segunda glosa, la suma que se cobra a mi mandante fue hurtada por el celador de rentas Jorge Cáseres, a quien se encomendó el trabajo de traer a Fusagasugá, a la visitaduría del círculo, las cuentas del mes de octubre de 1937.

"2º El celador Cáceres fue enviado por el cabo del resguardo de rentas Miguel A. Torres, del municipio de Pandi al corregimiento o inspección departamental de policía de "Cabrera", para que recibiera del colector, mi mandante, las cuentas y elementos de la colecturía comprobantes de ellas, en el citado mes de octubre, y las llevara a la visitaduría de Fusagasugá;

"3º Desde cuatro años atrás al mes de octubre de 1937, sin observación de los superiores del colector, y para evitar el viaje de éste, por lo reducido del producido de la colecturía, se enviaban las cuentas y dineros con un celador o empleado de la renta en condición de empleado público;

"4º Este envío se justificaba, también, por la distancia a Fusagasugá, que obligaba al colector a cerrar la colecturía, caso de que se viniera con las cuentas;

"5º La aquiescencia de los superiores, ya que nada observaron a ese procedimiento, que era el más cómodo, y el envío que los respectivos jefes, también con asentimiento tácito de sus superiores, hacían del celador que debía traer las cuentas y dinero, eximen de responsabilidad a mi mandante;

"6º Los $ 295.85 valor del alcance le fueron entregados y contados personal-

mente por el colector ejecutado al celador Cáceres, en el local de la colecturía, en presencia de Miguel Antonio Torres R., residente en Fusagasugá, Alcibíades Rojas García, Roberto Losada, Martín Garzón, Carlos Quintana y Víctor Ramón Vásquez;

"7º El celador Cáceres hurtó la mencionada suma, pues no hizo entrega de ella a la visitaduría;

"8º Existe el correspondiente denuncio contra el celador Cáceres, denuncio que se presentó ante el inspector de policía departamental de "Cabrera", tan pronto el ejecutado tuvo conocimiento de que no había entregado la referida suma;

"9º El propio celador obraba como empleado del departamento al cumplir la comisión citada, lo que constituye caso fortuito para el ejecutado al tenor del artículo 1º de la ley 95 de 1890;

"10. La cita del segundo párrafo de la glosa al auto de fenecimiento, a más de que da preeminencia al C. F. departamental sobre las disposiciones civiles, es inexacta por ambigua. El C. F. departamental, ordenanza 50 de 1898, contiene tres libros, y la cita dice "Capt. II, Tít. 2º del C. Fiscal".

"11. Presento como excepción todo hecho que desconozca la existencia de la obligación a cargo de mi mandante por la falta de entrega, motivada por el hurto de quien debía verificarla materialmente, o la declare extinguida si existió".

El Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales, por medio de providencia de fecha 3 de mayo del año pasado, ordenó remitir el incidente de excepciones al Tribunal Superior de Bogotá, por ser éste el competente para decidirlo.

Surtida en esa entidad la tramitación propia del incidente, se le puso término con el fallo de 11 de marzo del año en curso, por el cual se declaran no probadas las excepciones de que se trata. No se conformó el demandado con la resolución del Tribunal, e interpuso el recurso de alzada para ante la Corte.

En esta instancia el excepcionante presentó como pruebas un ejemplar de la Gaceta de Cundinamarca, en la que aparece publicada la ordenanza número 38 del año en curso, y un informe del secretario del Juzgado 2º Superior de Bogotá, en el que consta que en ese Juzgado cursa un sumario contra Jorge Cáceres, por hurto; que ese sumario fue iniciado en la Inspección de Policía de Cabrera, el 4 de noviembre de 1937; que se ordenó librar requisitoria para la captura del sindicado Cáceres, a quien debe tomarse indagatoria; y que se han librado requisitorias circulares sin que se haya dado con el paradero del sindicado, y que por esta razón no se ha dictado auto de proceder.

Surtidos los trámites de rigor, se pasa a decir:

El señor Baquero, por conducto de su apoderado, alega como excepción el hecho de haberle sido hurtado el dinero materia de la ejecución por el celador de rentas, señor Jorge Cáceres, a quien le encomendó el trabajo de llevar a Fusagasugá, a la visitaduría del círculo, las cuentas del mes de octubre de 1937, junto con la suma de $ 295.85.

Para la Sala es indudable que esta excepción, caso de estar probada en los autos, no eximiría de responsabilidad al ejecutado señor Baquero, pues no parece demostrado por parte alguna del expediente que el excepcionante estuviera autorizado por las Rentas de Cundinamarca para hacer entrega de los dineros recaudados en el lugar en donde ejercía el cargo de Colector de Rentas, a persona distinta de la entidad departamental. Como a lo largo del expediente se viene afirmando que el señor Cáceres era Celador de Rentas, valga aquí afirmar como lo hizo el juez **a quo,** que por ninguna parte se ha demostrado que dicho señor desempeñara ese cargo, ni mucho menos que fuera persona autorizada para llevar a cabo diligencias como la que le encomendó el señor Colector de Rentas de la Inspección de Policía Departamental de "Cabrera", municipio de Pandi.

En cuanto al caso fortuito alegado en

el punto 9º del memorial de excepciones, tampoco es procedente, porque como muy bien lo dijo el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, el caso en estudio no es de los que se pueden llamar "caso fortuito", pues para que exista esta figura jurídica es necesario que se presente algo imprevisto a que no se puede resistir, y en el asunto en estudio todo se debió a la confianza que el señor Baquero depositó en una persona que no aparece por ninguna parte, como ya se dijo, autorizada por las Rentas de Cundinamarca para esa clase de comisión.

Está conforme con las anteriores apreciaciones el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien en su vista, se expresa de esta manera:

"En síntesis, las excepciones se sustentan en el hecho de la pérdida de aquella cantidad de dinero por habérsela apropiado un celador a quien se le entregó para que la llevara a su destino.

"Si se examinan las pruebas producidas por el excepcionante se llegará a la conclusión indiscutible de que no se ha operado mediante ellas la liberación del deudor.

"Puede admitirse, si se quiere, el hecho de haber sido encomendada la conducción de la cantidad en referencia a un celador de rentas. Pero ese solo hecho no libra de responsabilidad al ejecutado, pues no siendo ese el conducto regular para el envío de los dineros de la Colecturía, suponiendo probado el hecho del abuso de confianza del celador, que no lo está, la pérdida habría sobrevenido por culpa del deudor. Esa culpa consiste en confiar dineros oficiales a un empleado que, por no ser de manejo, no tiene asegurada su responsabilidad".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de marzo del corriente año. Con costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos cuarenta.

El doctor Ignacio Mariño Ariza ha pedido reposición del auto de fecha diez y ocho de septiembre próximo pasado, en el que se declaró infundada la objeción de error grave hecha al dictamen del perito doctor Federico Lleras Restrepo.

Las razones en que el reposicionista funda su solicitud pueden sintetizarse así:

a) El perito doctor Lleras no cumplió la orden de ampliar su dictamen de acuerdo con los puntos anotados por el reposicionista.

b) La respuesta reiterada del perito Lleras a la primera pregunta del cuestionario, equivale en el fondo a una modificación de la pregunta, lo que el reposicionista estima a todas luces inaceptable.

c) Si se acepta la respuesta del perito Lleras al primer punto del cuestionario sometido a los expertos, el dictamen no es del perito sino de los especialistas.

ch) La mayor autoridad en materia de lepra en Colombia es la Academia Nacional de Medicina, centro consultivo del Gobierno; por consiguiente, cuando esta entidad da su opinión, da su dictamen en fuerza de la autoridad de que dispone y que nadie le discute, no necesita fundamentar sus opiniones como tendría que hacerlo cualquier hijo de vecino. Si dice sí o si dice nó, eso basta. Poco importa que no dé la razón de su respuesta monosilábica.

— I —

Para proceder con método, veamos qué fue lo pedido por el doctor Mariño Ariza en su memorial de prueba fechado el 19 de agosto de 1938.

"Que con intervención de peritos nombrados en la forma legal se practique una inspección ocular sobre el texto autógrafo del certificado expedido por el Profesor Marchoux del Instituto Pasteur, protocolizado en la Notaría 5ª de esta ciudad bajo el número 516 de 30 de abril de 1936, a fin de que de conformidad con su contenido; la autoridad de su autor en el mundo científico; y los demás documentos que obran en el proceso, se precisen los puntos siguientes:

"1º Posición del Prof. Marchoux en el mundo científico como leprólogo;

"2º Posibilidad, o **imposibilidad científica**, de que el Cap. Ruperto Victoria hubiera **adquirido** el contagio de la lepra en las casas que ocupaban el Regimiento "Pichincha" número 10 y las oficinas del Comando de la Tercera División del Ejército Nacional en la ciudad de Cali, por haberse constatado que en dichas casas vivieron diez años antes (o un número considerable de años antes) dos personas, o más, que fueron declaradas leprosas EN AQUEL ENTONCES;

"3º Cuál es el número de años que, según la tesis científica más universalmente aceptada, dura por término medio el proceso de incubación del bacilo en el paciente, y

"4º Si en fuerza de toda la historia y las comprobaciones existentes en este proceso, pueden afirmar que de conformidad con los dictados de la ciencia en estas materias el Cap. Victoria se hallaba ya en-

fermo a la fecha de su ingreso a las casas de la familia Barona".

El doctor Federico Lleras Restrepo respondió a ese interrogatorio en la forma siguiente:

"PRIMERA: El Profesor Marchoux no es propiamente un leprólogo, tal como debe entenderse esta palabra, pero si ha hecho investigaciones en relación con la bacteriología y serología de la lepra humana. La mayor parte de sus estudios se refieren a la lepra experimental de las ratas, enfermedad producida por un bacilo ácido-alcohol resistente descubierto por Stefansky en el año de 1903.

"SEGUNDA: Sin negar rotundamente la posibilidad de que el Capitán Victoria hubiera podido adquirir el contagio en la casa que ocupaba el Regimiento Pichincha, no parece probable este hecho. La mayoría de los leprólogos están de acuerdo en que para que el contagio de la lepra se efectúe es necesario, entre otras muchas condiciones, que haya habido convivencia íntima y contactos repetidos con enfermos de lepra en período infectante y que el ataque del microbio sea frecuente y continuo y que el bacilo tenga exaltada su virulencia. De conformidad con las investigaciones sobre biología del bacilo de Hansen se sabe que este germen resiste poco al calor y la desecación, pero en el estado actual de la ciencia no hay ningún procedimiento que permita afirmar de manera categórica si los bacilos encontrados en el polvo de las habitaciones en donde han vivido enfermos están vivos o muertos y si son o no virulentos. La vitalidad de un germen se demuestra por el cultivo y la inoculación experimental y estas dos pruebas están hasta ahora en estudio. Dada la fragilidad del bacilo a algunos agentes físicos, no parece probable que el microbio hubiera conservado su vitalidad y virulencia después de diez años. Por otra parte, no se tienen datos de si las personas declaradas leprosas y que habitaron en la mencionada casa, eran casos abiertos o cerrados de lepra.

"TERCERA: Antes de contestar la pregunta es necesario fijar claramente lo que se entiende por período de incubación de la lepra. Algunos leprólogos sostienen que el período de incubación comprende todo el tiempo que transcurre entre la inoculación del bacilo de Hansen y la aparición de los primeros signos reveladores de la enfermedad; pero otros especialistas, entre los cuales citó a Besnier y Jeanselme, admiten que este largo período de tiempo que se observa en la lepra, se debe dividir en dos: uno, en el cual el bacilo de Hansen se adapta al medio orgánico del individuo inoculado, y el otro, que comprende el tiempo durante el cual el bacilo se multiplica y comienzan las reacciones defensivas del organismo, hasta la aparición del primer signo revelador de la enfermedad. Este último es propiamente lo que científicamente se llama período de incubación y en este caso las manifestaciones de la lepra son más precoces. La mayor parte de las observaciones científicas que se han hecho sobre el particular han tenido como base la primera hipótesis y por lo tanto el tiempo que transcurre entre la inoculación del bacilo de Hansen y la aparición de los primeros signos de la enfermedad, varían entre ocho meses y hasta veintiocho años. El término medio de este período de incubación es de dos a tres años, según Roger y Muir; tres a cinco años, según Jeanselme. Otros leprólogos dan como frecuente un tiempo que fluctúa entre cinco y diez años. Los especialistas están de acuerdo en que el período de incubación parece que es más corto en los países en donde la lepra es endémica.

"CUARTA: No puede afirmarse de manera categórica que el Capitán Victoria se hallaba ya enfermo a la fecha de su ingreso a las casas de la familia Barona, pero sí puede ser probable. Los datos que se tienen para dictaminar sobre este punto son insuficientes. Sería necesario consultar la historia clínica de los exámenes practicados por los médicos que declararon leproso al mencionado Capitán".

El apoderado del demandante estimó vago e impreciso ese dictamen sobre todo en lo que respecta a la respuesta al primer punto. Dijo, después de comentar esta respuesta: "Es, pues, de todo punto necesario para los fines de la justicia que se persigue en este negocio, que el perito señor Lleras conteste categóricamente, es decir, sí o nó, a la pregunta formulada".

Cuál fue esa pregunta? Ya se vio: Posición del profesor Marchoux en el mundo científico como leprólogo; es decir, qué posición ocupa en el mundo científico el profesor Marchoux como leprólogo?

Y, cuál fue la nueva respuesta del doctor Lleras a esa pregunta, a virtud de la ampliación o aclaración solicitada por el doctor Mariño Ariza?

Veámosla: Primera: "El profesor Marchoux no es un leprólogo propiamente. Ha limitado sus actividades en materia de lepra a la bacteriología del bacilo de Hansen y a la lepra experimental de las ratas. La ciencia de la leprología es muy vasta. Se llaman leprólogos aquellos que dominan la materia por todos sus aspectos (científico, médico, higiénico y social) y por tanto el profesor Marchoux no es considerado por los especialistas como tal. Hasta el menos informado en esta materia, sabe que estos especialistas no se forman sino mediante largos estudios y práctica en las leproserias y en países en donde la lepra es endémica como acontece en Colombia, en las colonias inglesas y americanas, en el Brasil, etc. En Francia la lepra se considera como una enfermedad exótica. Lo que acontece es que aquellas personas poco ilustradas en la materia, ingenuamente se imaginan que los sabios que se han distinguido en una o en otra forma son universales, y que sus conocimientos se extienden en un tema científico a todos los demás, y esas personas respetuosamente escuchan y acogen como dogmas sus palabras y teorías, imaginando que sobre otros tópicos tienen también la misma autoridad que sobre aquellos que han estudiado a fondo. El profesor Marchoux también ha trabajado en la bacteriología del bacilo de Koch (tuberculosis humana) y a nadie se le ha ocurrido calificar a este profesor como la más alta autoridad en materia de tuberculosis".

En esa respuesta no hay vaguedad ni imprecisión de ninguna clase. Hay un concepto: que el profesor Marchoux, por no abarcar o dominar sino una parte de la leprología, no es propiamente un leprólogo, y que por ello no lo consideran como tal los especialistas.

A le pregunta formulada no se podía contestar sí o no como pretende el reposicionista. Si tal hubiese acontecido, entonces sí habría sido incongruente la respuesta. Si a alguien le pregunta: "ha estado usted en Medellín?" podría contestar categóricamente: "Sí estuve" o "no he estado", o simplemente , "sí" o "no". Pero si a la misma persona le preguntan: "Cuántas veces ha estado usted en Medellín?" seguramente no podrá contestar en la misma forma categórica y monosilábica. Tendrá que responder una de estas cosas: "No conozco esa ciudad"; "Solo una vez" o expresar si ha estado más de una, el número de veces que ha visitado la capital de Antioquia.

Si al experto le pregunta: "Qué posición tiene el profesor Marchoux en el mundo científico como leprólogo? No satisfacería la pregunta si se limitara a contestar sí o nó, ya que no habría a qué referir la afirmación o la negación. Surgiría uno de estos interrogantes "sí qué?", "no qué?" „

Tratándose de la posición que en el mundo científico ocupe una persona en determinada rama del saber humano, caben grados como es obvio: esa posición puede ser destacadísima, simplemente destacada o apenas modesta. Pudo, pues, el perito Lleras responder una de estas cosas: "es destacadísima, la más sobresaliente en el mundo científico, la posición del profesor Marchoux como leprólogo" o "estimo que esa posición es destacada" o "el profesor Marchoux no es un leprólogo propiamente porque no ha pe-

netrado en todos los dominios de la leprología". Al expresarse en esta última forma, el perito no viola el principio de contradicción, ya que no sostiene al mismo tiempo que el profesor Marchoux es leprólogo y no es leprólogo. El perito explica por qué no considera al profesor Marchoux como leprólogo propiamente, vale decir, como verdadero leprólogo. Este profesor, según afirma el perito, ha limitado sus actividades en materia de lepra a la bacteriología del bacilo de Hansen y a la lepra experimental de las ratas. Y expresa el doctor Lleras que se llaman leprólogos los que dominan la materia por todos sus aspectos, científico, médico, higiénico y social. Por manera que al decir que el profesor Marchoux no es propiamente un leprólogo, se ha querido significar que no domina la leprología en todos los aspectos indicados por el perito, y que, por tanto, no lo puede incluir entre los que, conforme a su entender, se llaman leprólogos. Que eso es absurdo, que para ser verdadero leprólogo no se necesita lo que dice el perito doctor Lleras; o, en caso de convenir en que sí se necesita, que el profesor Marchoux sí satisface las exigencias anotadas, cuestiones son estas que debieron demostrarse —y no se demostraron— en el término probatorio del incidente sobre tacha.

Dice el doctor Mariño Ariza: "Ni vale decir que al fundar la respuesta a la ampliación y al decir: 'y por tanto el profesor Marchoux no es considerado por los especialistas como tal', se presume que el perito Lleras dijo, virtualmente, que el profesor Marchoux no es un leprólogo, porque ésto no era lo que se pedía. No se solicitaba una respuesta virtual, como contenida en una razón, exposición, para extraerla de allí: sino una respuesta categórica: Sí es un leprólogo; o nó es un leprólogo. Lleras no ha dado esa respuesta. Dígase lo que se quiera".

Precisamente el error fundamental del reposicionista está en creer que con su objeción al dictamen del perito Lleras quedó modificado el punto primero del memorial de prueba arriba mencionado. Lo pedido, ya se vio, fue: posición del profesor Marchoux en el mundo científico como leprólogo. Y se pretende que con la objeción el punto quedó así: el profesor Marchoux es leprólogo, sí o no?

Parece haber olvidado el reclamante que una vez ejecutoriado el auto admisorio de la prueba, ya ésta no se podía modificar. Pero se arguye que la Corte ordenó en auto que también se encuentra ejecutoriado la ampliación del dictamen de acuerdo con las objeciones formuladas por el doctor Mariño Ariza.

Efectivamente en auto del 27 de enero de 1939 se dijo: "De conformidad con lo solicitado en el anterior memorial, se ordena que el doctor Federico Lleras amplíe el dictamen pericial de acuerdo con los puntos anotados por el doctor Ignacio Mariño Ariza". Esa providencia hay que entenderla en forma racional y lógica. Si al punto primero del interrogatorio, según se ha demostrado, no puede contestarse en forma monosilábica, la orden de ampliación o aclaración del dictamen no puede incluir la de contestar en aquella forma. No puede ordenarse un imposible.

Está, pues, completamente fuera de lugar, y en abierta pugna con principios elementales de lógica y de prueba, pretender que se conteste sí o no a la pregunta primera.

II

La respuesta que se viene examinando, no equivale a una modificación de la pregunta. Lo que ocurre es que en ésta se da por sentado que el profesor Marchoux es un leprólogo, pero como el perito no participa de esa opinión, hubo de expresarlo diciendo que el profesor de que se trata no es propiamente un leprólogo, a pesar de haber dedicado sus actividades en materia de lepra a la bacteriología del bacilo de Hansen y a la lepra experimental de las ratas. Hubo de modificar su negativa con el adverbio de modo **propiamente**, para significar que el profesor no es extraño a los estudios de leprología.

III

El tercer reparo del doctor Mariño Ariza no pasa de un desesperado esfuerzo dialéctico que nada ha logrado demostrar, como no sea la falta de fundamento de la reposición impetrada. Al decir el perito Lleras, refiriéndose al profesor Marchoux: "de ahí que no sea considerado como tal por los especialistas", lo que hizo fue fundamentar con el argumento de autoridad su opinión expresada antes, de que el profesor tantas veces citado no es, por lo que se dice en el dictamen, un leprólogo propiamente.

IV

Viene ahora el punto principal: la desestimación que se hizo en el auto reclamado del concepto de la Academia Nacional de Medicina, en relación con el asunto materia del incidente, por no haber en dicho concepto razones que destruyan las del perito Lleras, razones que lleven al ánimo del juzgador el convencimiento de que el dictamen tachado adolece de error grave.

El suscrito Magistrado se complace en reconocer que el centro científico nombrado es un orgullo del país, y que como entidad consultiva del Gobierno presta eficacísimos e invaluables servicios, pero ello no obsta para que eche de menos los fundamentos de un dictamen suyo con el cual se pretende probar una tacha de error grave. Para que la Corte pueda pronunciarse en el sentido de que este error existe, es menester, en casos como el presente, que a las razones y argumentos con que se sustenta una tesis, se opongan otras razones y argumentos, tan claros y convincentes que destruyan los primeros, que muestren a las claras dónde está el vicio que se les atribuye. El reposicionista piensa de otro modo, en tratándose de la Academia Nacional de Medicina, cuyos conceptos, según él, se aceptan sin discusión, casi como dogmas. La Corte no puede compartir la tesis del doctor Mariño Ariza, por respetable que sea la autoridad científica de una Academia como la de que se trata.

Es principio general que todo dictamen debe estar fundamentado, y de ese sabio y sano principio no se excluye a ninguna Corporación científica, por grande que sea su prestigio. Y es que el juzgador al apreciar el dictamen pericial, más que el prestigio, la nombradía de quien lo da, pesa las razones en que se funda. "El dictamen no es un dogma". Esto es lo que enseñan de consuno la doctrina y la jurisprudencia.

Obsérvase en el memorial del reposicionista (sin fecha) cierta intemperancia de lenguaje que no se compadece con el respeto que se debe a los encargados de impartir justicia.

Se le previene ajustarse, en lo sucesivo, a las normas de ese respecto, si no quiere exponerse a las sanciones disciplinarias consiguientes.

Se recomienda a la secretaría el estricto cumplimiento del artículo 121 —numeral 17— del Código Judicial.

Por todo lo expuesto, no se repone el auto del diez y ocho de septiembre próximo pasado. Concédese el recurso de súplica interpuesto en subsidio.

Notifíquese.

Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En el juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva promovió la Nación contra el señor Pedro Nel Zamorano, esta Sala, en sentencia de fecha 11 de diciembre del año próximo pasado, decidió el incidente de excepciones promovido por el ejecutado.

La parte resolutiva de aquella providencia dice en lo pertinente:

"1º Declárase probada la excepción propuesta de inexistencia de la obligación, y, consiguientemente, terminado el procedimiento.

"2º Decrétase el desembargo y el levantamiento del secuestro de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

"Obedézcase y cúmplase".

A pesar de haber cesado todo efecto del mandamiento ejecutivo por fuerza del fallo cuya parte resolutiva se acaba de trascribir, el funcionario ejecutor, en auto del 24 de abril del año en curso, dispuso que se hiciera la liquidación de los "gastos y costas" de la respectiva ejecución, advirtiendo que ello debía efectuarse como requisito indispensable para poder cumplir la sentencia de la Corte en lo relacionado con el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

El apoderado del señor Zamorano pidió al referido funcionario se abstuviera de aprobar la liquidación de costas hecha en cumplimiento del citado auto de fecha 24 de abril y ordenara en cambio los respectivos oficios de desembargo.

La petición anterior fue resuelta negativamente en auto del 30 de mayo del corriente año, contra el cual interpuso entonces apelación el apoderado de Zamorano. Por este motivo el expediente llegó a la Corte, donde sometido el recurso a la tramitación correspondiente, es llegado el momento de decidir.

El señor procurador delegado en lo civil manifiesta que no se opone a lo pedido por el apoderado de Zamorano, ya que en su concepto no se ve cuál pueda ser la base procesal para una liquidación de costas a cargo del ejecutado.

Se considera:

El artículo 575 del código judicial contiene una enumeración taxativa de los casos en que se debe condenar en costas a alguno de los litigantes, quedando naturalmente excluída la parte que obtenga decisión favorable a sus respectivas pretensiones.

El litigante que resulta victorioso en la litis por razones obvias está también absuelto de responder por los gastos que haya hecho la parte vencida en el curso del juicio, los cuales gastos bajo la denominación general de costas están contemplados en el artículo 578 del código citado. De tal suerte que obra arbitraria e ilegalmente el inferior que ordena la liquidación de costas a cargo de un litigante cuyas pretensiones han sido pesadas y halladas justas en el respectivo fallo del superior.

En el caso de autos el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, sin parar mientes en la sentencia de esta Sala que fue en un todo favorable al señor Za-

morano y a pesar de claras y terminantes disposiciones legales en contrario, resolvió por sí y ante sí decretar una liquidación de costas que no tiene justificación desde ningún punto de vista. Ese procedimiento merece enérgica reprobación porque revela una de dos cosas, cualquiera de las dos peligrosa en la administración pública: o plena ignorancia de la ley que el funcionario está encargado de aplicar, o una insólita despreocupación por lo que ella diga.

Por lo tanto, la Sala está en el deber de corregir esa irregularidad.

A mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, REVOCA el auto que ha sido materia de esta apelación, y en su lugar dispone que el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá proceda a librar los oficios de desembargo, que fueron ordenados por la sentencia de esta Sala de fecha 11 de diciembre de 1939.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.)

El señor Raimundo Barrero demandó ante el Tribunal Superior de Bogotá al Departamento de Cundinamarca para que en un juicio verbal, se condenara al demandado a pagar la suma de $ 62.50 moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía.

La demanda se funda en los siguientes hechos:

"Primero. Presté mis servicios como empleado, en mi calidad de jefe de estación de Yomasa, en el Ferrocarril y Tranvía de Oriente, por el espacio de siete años y tres meses, a partir del cuatro de junio de 1928 al veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, en que fuí despedido.

"Segundo. Por sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia se condenó al Departamento de Cundinamarca a cubrirme la suma de trescientos pesos ($ 300.00) moneda corriente, más los intereses de tal suma, reconociéndome en total el derecho a la cesantía y su monto mensual con relación al promedio por año.

"Tercero. Debido a error sólo se computaron de mi parte seis años y quedaron por fuera un año y tres meses, sin que ellos fueran cubiertos por la cesantía.

"Cuarto. El Departamento de Cundinamarca, como sucesor de la empresa del mencionado ferrocarril, según lo declaró la Corte es el obligado al pago de la cesentía y demás prestaciones".

Se alegaron como fundamento de derecho las siguientes disposiciones: la ley 10ª de 1934 y el D. E. número 652 de 1935.

El Tribunal de la causa en sentencia del 15 de julio de 1940 absolvió al Departamento demandado. Por apelación de esta providencia ha subido el negocio a esta superioridad, donde se le ha dado a la alzada la tramitación de rigor. Procede, pues, decidir lo concerniente.

Considera la Sala:

Teniendo la sentencia apelada como fundamento la ausencia de pruebas que acrediten los hechos creadores de la acción del demandante, es jurídica la consecuencia que el Tribunal infiere cuando dice:

"No es posible, sin pruebas, obtener el éxito de una demanda, porque no basta que el actor enumere y afirme los hechos en que la fundamente, sino que tiene sobre sí la obligación procesal de demostrarlos, cuando no han sido aceptados expresamente por la parte demandada".

Si bien es verdad que el hecho primero de la demanda está acreditado respecto al tiempo de duración en el desempeño del empleo del demandante, no así los demás hechos aludidos en la demanda.

El demandante afirma que la Corte Suprema de Justicia condenó al Departamento de Cundinamarca al pago de la suma de $ 300.00, más sus intereses, por concepto del derecho a la cesantía por su despido de la empresa del Ferrocarril y Tranvía de Oriente, de la cual es sucesor dicho Departamento. Tal afirmación no aparece probada. Pero dando por sentado que sí lo estuviese, de ese hecho sólo se desprendería una excepción, favorable al demandado: la perentoria de cosa juzgada.

El error en la computación de los años de servicio para fijar el monto del auxi-

lio de cesantía, y que alega el demandante, tampoco aparece comprobado plenamente. Además, si tal error hubo, no es la acción instaurada en este juicio la procedente para enmendarlo. El artículo 483 del Código Judicial establece la manera de corregir los errores puramente aritméticos cometidos en la pronunciación de un fallo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, confirma el fallo objeto de la apelación, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 15 de julio de 1940.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

RECAUDADORES Y SU RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad de todo recaudador es justa porque una de sus funciones consiste en activar los cobros de las deudas causadas, de suerte que si no los activan incurren en culpa, de la cual se liberan los de Cundinamarca conforme a la Ordenanza número 57 de 1915, probando que en cada caso hicieron los respectivos cobros mediante el reconocimiento librado contra el deudor. Mas entre esa responsabilidad que está condicionada por las *deudas causadas* y *no cobradas*, y la proveniente de insuficiencia de lo recaudado en relación con el respectivo capítulo de estimación presupuestal en el correspondiente período fiscal, hay un abismo. Obligar a los tesoreros a responder de las insuficiencias de lo recaudado en relación con el monto de lo calculado en el presupuesto de la respectiva renta, de lo cual nadie responde, ni siquiera la misma entidad de derecho público autora del presupuesto, equivale a imponerles un gravamen desnudo de toda causa, exactamente igual a una exacción. La responsabilidad del tesorero no puede deducirse sino en razón de ciertas y determinadas deudas que haya omitido cobrar.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El juzgado departamental de ejecuciones fiscales de Cundinamarca libró orden de pago por la vía coactiva a favor del municipio de Suba y en contra del señor José J. González, y de la señora María Elena Guerrero de González, su fiadora, por la cantidad total de $ 6,267.28, valor de varios alcances deducidos contra el primero, en su carácter de tesorero de aquel municipio, por la contraloría general del departamento.

El ejecutado propuso en el juicio un pliego de excepciones. Habiendo sido ellas tramitadas debidamente ante el tribunal superior de Bogotá, fueron falladas en sentencia de veintinueve de febrero del año en curso, que redujo el alcance a la cantidad de tres mil ochocientos noventa y siete pesos diez centavos ($ 3,897.10) moneda corriente. No contento el ejecutado con ese resultado, y aspirando a anular totalmente el crédito, o siquiera a reducirlo en cuantía superior, interpuso el recurso de apelación, del cual entra a ocuparse la Corte, después de haber oído el concepto del señor procurador delegado en lo civil, quien opina por la confirmación del proveído apelado.

Alcances por deficiencia de recaudos

Entre los alcances que dejó vigentes el tribunal procedentes de las cuentas de la tesorería municipal de Suba correspondientes al mes de diciembre de 1934, figuran las siguientes cuyo origen obedece, según el auto de fenecimiento de la contraloría de Cundinamarca, a que resultaron deficientes los recaudos en relación con los estimativos de los respectivos artículos del presupuesto de rentas y gastos del municipio nombrado:

"Deuda predial, se dejaron de recaudar. . . . . $ 1.862.39

"Deudas varias, se dejaron de recaudar.	473.00
"Predial, actual vigencia . .	1.047.92
"Reintegros.	4.39
"Renta nominal actual vigencia.	46.40"

El tribunal no encontró base para liberar al deudor González de los anteriores alcances, fundado en que, de acuerdo con los términos en que éste se obligó al asumir el cargo de tesorero, según la escritura pública número 19 de fecha 13 de enero de 1934, otorgada en la notaría del circuito de Chía, y el reglamento legal a que él estaba sujeto, constituído particularmente por varias ordenanzas del departamento que se citan en el fallo, el señor González como recaudador de rentas e impuestos tiene que responder de su debido cobro en la época en que fue tesorero de Suba. El sentenciador agrega que no obstante la rigidez de esta tesis "en cuanto a la responsabilidad de los tesoreros impuesta por el fisco en la necesidad de recolectar los tributos, ya que si éstos no se recolectan en la debida oportunidad vendría una incertidumbre presupuestal, es obvio que encuentra su defensa, pues que si a pesar de la diligencia y cuidado que han tenido no han podido recaudar, sin que haya culpa por parte de ellos, debe declarárseles libres de responsabilidad. Es a los tesoreros a quienes incumbe la diligencia y cuidado (artículo 1604 del C. C.); ellos son, por lo tanto, los que deben probar que están exentos de culpa".

Para resolver se considera:

Las disposiciones en que se apoya el tribunal son de las ordenanzas de Cundinamarca números 50 de 1898, 57 de 1915 y 36 de 1935.

Los artículos 328 y 329 pertinentes de la primera rezan en su orden:

"Artículo 328. Los administradores particulares y los recaudadores responden: 1º De los fondos recaudados y no entregados en las respectivas oficinas superiores; 2º De lo causado a deber y no recaudado a favor del tesoro; y 3º De los perjuicios causados al Tesoro por su negligencia o falta de acuciosidad en el desempeño de su destino".

"Artículo 329. Los Agentes de Hacienda responden: De lo recaudado y no consignado; de lo dejado de recaudar; de los perjuicios que causen a la hacienda por omisión, abuso, o contravención a las leyes y reglamentos fiscales".

El artículo 12 de la Ordenanza de 1915 dice:

"Los recaudadorés son responsables: a) Por lo que deben reconocer a cargo de los deudores del tesoro. De esta responsabilidad se descargan con los reconocimientos hechos directamente por ellos o por medio de sus agentes, hasta donde aquellos alcancen. b) Por el total de los reconocimientos hechos por ellos a sus agentes. De esta responsabilidad se libran por los cobros efectuados hasta la suma a que éstos ascienden. c) Por el total de las cantidades recaudadas por ellos. De esta responsabilidad se exoneran por el hecho comprobado de entregar en la caja a su cargo, o en la oficina de que dependan el total de lo recaudado".

Por último el artículo de la ordenanza de 1935 dice:

"Los empleados jefes de oficina de manejo no son solamente responsables por lo que recauden sino también por lo que dejen de recaudar según las disposiciones fiscales vigentes".

Las disposiciones precedentes nítidamente destacan y consagran la responsabilidad de los tesoreros o recaudadores de rentas no sólo por lo que perciban, sino también por lo causado a deber y no recaudado.

A ello se obligó también el señor González, según los términos de la escritura citada, en la cual éste, entre otras cosas, comprometióse a responder "por todo lo que deje de recaudar por su culpa".

Esta responsabilidad es justa porque una de las funciones principales de todo recaudador consiste en activar los cobros de las deudas causadas, de suerte que si no los activan incurren en culpa, de la

cual los de Cundinamarca se liberan, conforme la ordenanza de 1915, probando que en cada caso hicieron los respectivos cobros mediante el reconocimiento librado contra el deudor.

Mas entre la responsabilidad predicha, que, nótese bien, está condicionada por las **deudas causadas** y **no cobradas**, y la proveniente de la insuficiencia de lo recaudado en relación con el respectivo capítulo de estimación presupuestar en el correspondiente período fiscal, hay un abismo. La primera es la consagrada como se ha visto en la legislación departamental de Cundinamarca, y es la justa y la racional. La segunda, que es la que deduce en contra del señor González la contraloría departamental, y que a su turno el tribunal en la sentencia de excepciones encontró bien deducida, aplicando equivocadamente la mencionada legislación, no está ni podría estar consagrada por ninguna ley, ni por la equidad, ni la justicia, porque en el fondo encarna lisa y llanamente el tipo clásico de un enriquecimiento sin causa, llevado a efecto mediante los respectivos alcances y luego las vías forzadas de la ejecución.

En efecto. Todo presupuesto fiscal es un cálculo aproximado de las rentas probables que se podrán percibir en determinada vigencia, y de los gastos que se autoriza a efectuar con esas rentas. En materia de rentas ningún presupuesto garantiza que los recaudos serán iguales a las estimaciones. Pueden ser inferiores. Y aun pueden ser mayores. Precisamente por eso es presupuesto, y no el resultado matemático, especialmente de los ingresos, por rentas y contribuciones. La inclusión en el presupuesto de por sí no trasforma un crédito en deuda cierta y determinada, porque ese acto administrativo carece de la virtualidad jurídica de crear obligaciones, si éstas de antemano no tienen ese carácter.

De consiguiente obligar a los tesoreros a responder de las insuficiencias de lo recaudado en relación con el monto calculado en el presupuesto de la respectiva renta, de lo cual nadie responde, ni siquiera la misma entidad de derecho público autora del presupuesto, equivale a imponerles un gravamen desnudo de toda causa, exactamente igual a una exacción.

Otra cosa muy distinta es que los tesoreros respondan de las deudas causadas y no cobradas, pues eso si viene a sancionar su negligencia en el recaudo. Empero en semejante evento, la glosa no se formula, como lo hizo la contraloría y encuéntralo legal el tribunal, por lo que vale la diferencia entre lo recaudado y el monto del estimativo presupuestal de la renta o impuesto respectivo; ese es un cargo que por su vaguedad, además de carecer de causa, como está ya dicho, entraña para el demandado el colocarlo en una posición probatoria necesariamente fatal, como quiera que sería llevado siempre a acreditar lo indemostrable, o sea, la diligencia y cuidado respecto de no se sabe qué hechos, ya que las causas por las cuales una renta deje de coincidir con lo calculado de antemano, puede obedecer a una variedad infinita de factores, muchos de ellos de imposible comprobación legal en un momento dado.

Lo natural es entonces que la responsabilidad del tesorero por razón de insuficiencia en los recaudos, se deduzca de la realidad, en razón de las ciertas y determinadas deudas que él haya omitido cobrar. Sólo así se le formula el cargo razonablemente, ante el cual el responsable podrá aducir el correspondiente descargo, acreditando en Cundinamarca, según las ordenanzas reglamentarias, que libró contra los deudores los reconocimientos del caso e hizo las gestiones de cobro que dentro de sus funciones estuvieron.

Pero cargar sobre el tesorero señor González el valor de la diferencia entre lo percibido — por ejemplo del impuesto predial que es el origen de uno de los alcances más grandes en que se cobran dos partidas por valor de $ 1,862.39 y $ 1,047.92 — y lo presupuestado, da tanto como convertirlo en garante de la exac-

titud y efectividad de las respectivas partidas de ingresos, lo cual es absurdo.

Cosa distinta es que las deficiencias en los recaudos provengan de que el tesorero deje de activar los recaudos de determinados créditos; en tal evento hay que hacerle saber al tesorero cuáles son éstos, a efecto de ponerlo en capacidad de aportar los comprobantes que lo liberen de culpa. Sólo así es posible deducir con acierto y justicia la responsabilidad **"por lo causado a deber y no recaudado"**, única que en esta materia corre a cargo de los tesoreros o recaudadores de rentas de Cundinamarca, según la legislación seccional, y única también que cabe dentro de la general estructura institucional del país.

En consecuencia, dándole aplicación a las ideas expuestas, rectamente aparece acreditada la excepción de carencia de causa para que continúen cobrándose los siguientes alcances contra el ejecutado señor González, y de que da cuenta el auto de fenecimiento número 2,809 de fecha 25 de mayo de 1936 proferido por la contraloría departamental de Cundinamarca: las dos deudas de impuesto predial que en conjunto valen $ 2,911.31; la partida de $ 473 por deudas varias; la partida de reintegros por $ 4.39; y la partida de "renta nominal actual vigencia" por $ 46.40.

Con los descargos que ya hizo el tribunal en la sentencia recurrida por el apelante, y que están en firme, y los que ahora hace la Corte, el deudor nada debe por el alcance total de $ 5,789.62, representativo de las diversas partidas relacionadas en el capítulo primero del citado auto de fenecimiento.

Otros alcances

En el capítulo **segundo** del mismo auto se deduce un alcance de $ 343.27, contra González, "por exceso en los gastos sobre las partidas presupuestadas".

Con respecto a esta partida que la contraloría declara deuda vigente en contra del responsable hasta que los gastos sean legalizados, dice el tribunal lo siguiente que la Corte acoge:

"Como de autos no aparece que los gastos a que se refieren las anteriores partidas hayan sido legalizados en forma alguna, es decir, que el exceso a que se refiere el auto de fenecimiento haya sido respaldado por alguna disposición municipal, el alcance deducido por este concepto debe dejarse en pie".

Autos de fenecimiento números 5,065, 8,055, 8,644 y 91

Ninguno de los alcances a que se refiere cada uno de los anteriores autos de fenecimiento, fue encontrado ilegal por el tribunal.

Examinados detenidamente, la Sala tampoco encuentra motivo para declararlos infundados. El excepcionante no aportó pruebas para desvanecer los respectivos cargos. En eso se funda la sentencia recurrida, por cuyo motivo nada más adecuado que trascribir lo pertinente a cada uno de esos alcances, en el orden en que aparecen arriba relacionados por sus respectivos números:

"Auto de fenecimiento número 5065.

"El alcance a que se refiere este proveído (fl. 6 del Cuad. número 2) viene determinado así: 'SECCION PREDIAL. — En el recibo número 021926 figura el pago de la finca número 3113 con avalúos de $ 12,000.00 y $ 10,000.00, respectivamente, desde el 1º contado de 1929 al 2º de 1934, pero como no hay constancia de que se haya pagado el 2º de 1928 sobre avalúo de $ 12,000.00, además el Tesorero al hacer el recaudo correspondiente a los años de 1932 y 1933 y 1º de 1934 rebajó el 20 por 100, como tal descuento fue suspendido por Decreto número 288 de 13 de abril de 1936, se deja pendiente por capital $ 24.00'.

"Al contestar la glosa respectiva dijo

el señor González: 'Contesté en esa notificación que el señor Jorge Campos C. había pagado el impuesto de la finca número 3113 en las horas de la mañana del día 25 de abril de 1936 y en las horas de la tarde de ese mismo día había recibido el oficio de la Secretaría de Hacienda del Departamento ordenando la suspensión de la rebaja del 20 por 100 que se venía rebajando.....' Pero estas manifestaciones del señor González no fueron demostradas en los autos y, como se dice en el de fenecimiento, no se allegó comprobante alguno de reintegro. Por tanto, nada hay que observar a este respecto. El alcance debe quedar vigente".

"Auto de fenecimiento número 8055.

"El alcance deducido viene formulado así: '1º No remitió a la Tesorería General del Departamento el equivalente al 10 por 100 del predial para la revisión del catastro. A su cargo ..... $ 4.01. — 2º Se deja a su cargo el valor del comprobante número 71, imputado al artículo 41 del Departamento de OO. PP. (gastos imprevistos), por no haber partida votada para dicho artículo ..... $ 6.00'. En el mismo auto se hacen las siguientes consideraciones acordes con lo que aparece del expediente: 'La providencia le fue notificada al responsable el día 4 de enero del presente año (fl. 6 v.) y en la diligencia de notificación contestó así: 1º Dice que pagó en globo las partidas de varios meses. Como no envía el comprobante del caso, se le eleva a alcance la cantidad de $ 4.01. 2º Dice que en el artículo 41 hay votados $ 428.98. Examinado el presupuesto correspondiente, no aparece votada suma alguna para dicho artículo, y por lo tanto, se le eleva a alcance la cantidad de $ 6.00'. En esta virtud, no cabe observación alguna sobre este particular".

"Auto de fenecimiento número 8644

"El auto de observaciones dice: 'La finca marcada con el número 18036 que figura en el recibo número 022069 con el pago del impuesto que corresponde del 2º contado del año de 1934 al 2º contado de 1936 sobre un avalúo de $ 200.00, aparece sin pagar el impuesto que corresponde del 1º contado del año de 1929 al 1º de 1934, inclusive, sobre el avalúo de $ 2,000, que era el que tenía anteriormente esta finca; de modo que queda pendiente por capital la cantidad de $ 22.00 más los intereses que salga a deber cuando se verifique el pago de los contados anotados en este auto. V/r. $ 22.00'. En el auto de fenecimiento se lee: 'Este auto (el de observaciones) fue notificado al responsable personalmente por la Alcaldía de Suba el 1º de marzo de 1937 (fl. 4v.) y contestado oportunamente con oficio número 18 de la misma fecha, en el cual manifiesta que los contados motivo de la glosa sí fueron pagados, pero no envía comprobante alguno al respecto. Además, a folio 5., al pie, figura la constancia de la oficina del Kardex, que confirma el no pago de los antedichos contados'. Estando acorde con lo que aparece en el expediente lo dicho en el proveído transcrito, nada hay que observar con relación al alcance deducido por el motivo indicado".

"Auto de fenecimiento número 91.

"La cuenta del mes de diciembre de 1936 fue fenecida con un alcance de $63.72 a cargo del señor González. Los motivos de este alcance están expuestos con toda claridad en el auto de ejecutoria, de fecha 16 de septiembre de 1937, que demuestra el exceso de erogaciones a que se refiere el precitado alcance. Como del expediente no aparece prueba alguna que infirme las razones consignadas en la providencia citada, debe concluirse que el supradicho alcance debe mantenerse".

Conclusión y fallo

Deduciendo las partidas desechadas por el tribunal y las que ahora en el recurso desecha la Corte, la ejecución contra los

ejecutados queda reducida a la cantidad de $ 478.66, valor de los alcances que se mantienen firmes.

La parte resolutiva de la sentencia apelada no da margen para computar intereses de ninguna clase. Como esa base es favorable al deudor, la Corte debe reproducirla en este fallo, repitiendo que la ejecución siga adelante "únicamente" por el capital a que los alcances quedan reducidos.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoriadad de la ley, Reforma la sentencia de excepciones apelada dictada en este juicio por el tribunal superior de Bogotá con fecha 29 de febrero del corriente año así:

1º Declárase probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte ejecutada en relación con todas las partidas del primer capítulo del auto de fenecimiento número 2.809 de 25 de mayo de 1936, las cuales suman la cantidad de $ 5.789.62, y no probada la misma excepción en lo tocante al alcance de $ 343.27, contenido en el segundo capítulo del mismo auto, lo mismo que respecto de los alcances por veinticuatro pesos ($ 24), sesenta y tres pesos con setenta y dos centavos ($ 63.72) y cuarenta y seis pesos sesenta y siete centavos ($ 46.67) de que tratan los autos ejecutivos de 23 de marzo, ventidos de octubre y veintidos de enero del año de 1937.

2º Siga adelante la ejecución únicamente por la suma de cuatrocientos setenta y ocho pesos sesenta y seis centavos ($ 478.66) moneda corriente, o sea por el valor de los alcances que se dejan en pie.

3º No es el caso de imponer costas al excepcionante.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio".

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — INTERPRETACION DE UNA ORDENANZA.

La Ordenanza número 16 de 1935 vino a declarar el sentido de la Ordenanza número 13 de 1933 en lo relativo a los términos para las bonificaciones. Por tanto, la primera es de indiscutible carácter interpretativo y, de acuerdo con el artículo 14 del Código Civil, debe considerarse incorporada en la de 1933 y, en consecuencia, vigente desde la promulgación de esta última en relación con la fecha inicial de los términos para las bonificacones de que ella trata. Pero los efectos de la Ordenanza de 1935, de acuerdo con ese artículo del Código Civil y con el 58 del de Régimen Político y Municipal, encuentran una valla infranqueable en lo que se haya dispuesto "en decisiones ejecutoriadas" proferidas antes de la vigencia de la citada Ordenanza.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veintidos de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta)

El señor José María de Francisco, en libelo de fecha 23 de enero de 1937, demandó ante el tribunal superior de Bogotá al departamento de Cundinamarca, para que con citación y audiencia del respectivo agente del ministerio público, se hagan contra la entidad demandada las siguientes declaraciones:

"1ª Que el departamento de Cundinamarca debe pagarme, inmediatamente que se ejecutoríe la sentencia respectiva, la cantidad de novecientos pesos ($900.00) moneda legal a que tengo derecho por haber permanecido al servicio del departamento por un término de diez años.

"2ª Que se condene al mismo departamento de Cundinamarca a pagarme las costas de este proceso y los intereses legales de los novecientos pesos, intereses que se están causando desde el día en que debió pagárseme la suma que dejo mencionada".

Como hechos fundamentales de la demanda alegó el actor los que siguen:

a) Que sirvió a la entidad demandada, en el ramo de rentas, durante diez años consecutivos;

b) Que al tiempo de cumplir los diez años de trabajo el actor devengaba un sueldo mensual de $ 150.00;

c) Que existen ordenanzas vigentes de Cundinamarca que ordenan reconocer y pagar a los empleados departamentales que permanezcan diez años consecutivos al servicio del departamento una cantidad igual al valor de seis meses del sueldo que estén devengando al cumplir dicho término;

d) Que el actor fue retirado del servicio del departamento no obstante haber desempeñado los respectivos cargos con honorabilidad y competencia; y

e) Que la entidad demandada se ha negado a reconocer al actor la bonificación a que se refieren las aludidas ordenanzas.

El tribunal de Bogotá dictó sentencia de primera instancia el 8 de febrero del año en curso, en virtud de la cual fueron negadas las declaraciones impetradas por el demandante y, en consecuencia, se absolvió al departamento de todos los cargos de la demanda.

Contra la anterior providencia interpu-

so apelación el apoderado del actor, motivo por el cual el expediente llegó a la Corte para la tramitación y fallo del recurso. Agotada como está la tramitación de la segunda instancia, seguida con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, sin que se observe causal de nulidad, la sala procede a fallar en definitiva.

Las razones del tribunal.

En la sentencia de primer grado sustenta el tribunal la tesis de que no obstante haber acreditado el actor que estuvo al servicio del departamento durante diez años, desempeñando diversos cargos con probidad y competencia, no es posible hacer las declaraciones impetradas en el libelo. Para llegar a esta conclusión negativa el sentenciador hace las siguientes consideraciones:

En principio puede sostenerse que las leyes no tienen carácter retroactivo, pero existen naturalmente ciertas excepciones, entre las cuales está la de las leyes que solo se limitan a declarar el sentido de otras leyes, esto es, las leyes interpretativas. Estas no solamente son retrospectivas, por cuanto miran al pasado, sino que también tienen un efecto retroactivo. Y desde este punto de vista la ley interpretativa surte sus efectos desde la fecha que lleva la ley que explica.

De acuerdo con los razonamientos que se acaban de sintetizar, sostiene el tribunal que como en virtud de la ordenanza número 16 de 1935, expedida por la asamblea de Cundinamarca, se estableció que la fecha en que fue sancionada la ordenanza número 13 de 1933 será el día a partir del cual comenzarán a contarse los períodos a que se refiere el artículo 3º de esta última ordenanza, es el caso de considerar la del año de 1935 como interpretativa de la de 1933, y en consecuencia con un carácter no sólo retrospectivo, sino retroactivo. Dentro de este orden de ideas se llega sin esfuerzo a la conclusión de que el demandante en este juicio no tiene derecho a la respectiva bonificación por cuanto los diez años que alega haber estado al servicio del departamento de Cundinamarca tienen su punto de partida en una fecha que es anterior en varios años a la señalada por la ordenanza 16 de 1935.

Motivos de la Corte.

Según se afirma la ordenanza número 13 de 1933, en que se apoya exclusivamente el actor, dice así en lo pertinente:

"Artículo 3º—Todo empleado o jornalero que permanezca consecutivamente al servicio del Departamento por un término de diez años tendrá derecho a que se le reconozca el valor de seis meses del sueldo que esté devengando en el acto de cumplir este término, el valor de un año al cumplir quince años de servicio, y que se le jubile al cumplir veinte años".

De conformidad con el artículo 3º de la ordenanza número 16 de 1935, "la fecha en que fue sancionada la Ordenanza 13 de 1933, será el día desde el cual comenzarán a contarse los períodos de diez (10) y quince (15) años, a que se refiere el artículo 3º de la referida ordenanza".

En virtud de la ordenanza número 13 de 1933 se estableció una obligación a cargo del departamento de Cundinamarca en forma unilateral, gratuita y voluntaria, y a favor de los empleados y jornaleros de esa entidad de derecho público. Dicha obligación se hace exigible desde el momento en que se cumplen ciertos y determinados requisitos previstos en el citado ordenamiento. Entre tales requisitos está el de que el empleado o jornalero tiene que demostrar haber estado al servicio del departamento por un determinado lapso de tiempo.

Por medio de la ordenanza número 16 de 1935 la misma asamblea que había establecido la gracia en favor de los empleados y jornaleros del departamento corrigió la imprecisión de que adolecía la ordenanza de 1933, estatuyendo la fecha cierta a partir de la cual debía contarse

el tiempo de trabajo a que se refiere esta última ordenanza.

La ordenanza número 13 de 1933, según se afirma en la sentencia recurrida, fue sancionada el 6 de abril de dicho año. Luego el señor de Francisco estaba obligado a demostrar que a partir de la fecha indicada hasta el día en que promovió la demanda de bonificación, habían transcurrido diez años. Pero resulta que la mayor parte de este término transcurrió antes de la sanción de la ordenanza que estableció la bonificación impetrada, puesto que el punto de partida de aquél lo fija el actor el día 25 de junio de 1925.

En tales circunstancias resulta evidente que el demandante no ha acreditado el cumplimiento de uno de los requisitos establecidos por la citada ordenanza de 1933 como indispensable para que pueda concederse la bonificación, lo que en concepto de la sala justifica con creces la absolución del departamento en la primera instancia de este juicio.

Las anteriores consideraciones hacen resaltar lo inválido de la alegación del demandante consistente en que la ordenanza de 1935 cercenó o vulneró un derecho que el señor de Francisco había adquirido de conformidad con la ordenanza de 1933. En realidad de verdad la primera ordenanza citada no hizo cosa distinta de precisar lo que en la segunda era confuso e incierto.

En efecto, la supuesta violación del derecho adquirido del actor fúndala su apoderado ante la Corte en dos premisas que, como viene dicho, carecen de todo fundamento: la primera, que la ordenanza número 13 de 1933 sí contiene en sí misma la determinación precisa de la fecha a partir de la cual debía empezarse a contar el término para la bonificación reclamada por el demandante; y la segunda, que la ordenanza número 16 de 1935 vino a modificar la de 1933, señalando otra fecha con el consiguiente detrimento de los intereses del señor de Francisco.

Lo que ocurre es que la asamblea de 1933, al expedir la ordenanza número 13, empleó términos tan generales y abstractos que al menos en lo relativo al tiempo anterior a su vigencia no podía saberse a ciencia cierta desde qué fecha se computaba el término para las bonificaciones. La frase allí empleada de que "todo empleado o jornalero que permanezca consecutivamente al servicio del Departamento por un término de diez años", por muy amplio que sea el criterio con que se trate de precisar su significado, no permite asegurar de modo absoluto que contiene una determinación inequívoca de la fecha inicial de los términos establecidos para las bonificaciones. La forma verbal permanezca, como modo subjuntivo que es, si en realidad de verdad no ofrece dificultades de interpretación por lo que hace al presente o al futuro respecto de la ordenanza de 1933, en cambio sí dejó un gran vacío con respecto al pasado, esto es, con relación a los empleados y jornaleros que habían venido prestado sus servicios al departamento con anterioridad a dicho ordenamiento. De tal suerte que si antes de la expedición de la ordenanza de 1935 era dudosa y poco fundada la extensión de los efectos de la de 1933 al pasado, una vez expedida aquella, desapareció la duda y surgió en cambio la voluntad expresa de la asamblea de Cundinamarca en el sentido de que los términos para las bonificaciones deben tener su punto de partida el día de la sanción de la ordenanza número 13 de 1933. Dedicir otra cosa sería ponerse en franca contradicción con el querer claramente manifestado de la corporación que estableció la gracia en beneficio de los empleados y jornaleros del departamento demandado.

De las consideraciones que hasta aquí se han hecho surge fácilmente la conclusión de que la ordenanza de 1935 vino a declarar el sentido de la ordenanza de 1933 en lo relativo a los términos para las bonificaciones. Por lo tanto la primera es de indiscutible carácter interpretativo.

Ahora bien, siendo dicha ordenanza de carácter interpretativo, y por aplicación

del artículo 14 del Código Civil, debe considerarse incorporada en la ordenanza de 1933 y, en consecuencia, vigente desde la promulgación de esta última en lo que dice relación a la fecha inicial de los términos para las bonificaciones en referencia.

Claro está que los efectos de la ordenanza de 1935 de acuerdo con lo que dispone el citado artículo del Código Civil y el 58 del Código de Régimen Político y Municipal, encuentran una valla infranqueable en lo que se haya dispuesto "en decisiones ejecutoriadas" proferidas con anterioridad a la vigencia de la citada ordenanza.

Y ello tiene que ser así, como quiera que la interpretación que se hace con autoridad, que es la del propio legislador, no puede ir hasta el extremo de desconocer lo que los jueces y funcionarios públicos hayan resuelto en el tiempo intermedio al interpretar la ley por vía de doctrina. Apenas es natural que las personas favorecidas por esta última interpretación, aun cuando sea contraria a la que posteriormente se haya hecho con autoridad, puedan alegar en su defensa la existencia de un derecho adquirido contra el cual el legislador no puede hacer nada que lo vulnere o cercene sin contrariar las disposiciones tutelares de la constitución.

Pero si no existen tales decisiones ejecutoriadas, sobre qué base sólida puede fundamentarse la alegación de que se ha vulnerado un derecho adquirido al interpretarse con autoridad determinada ley?

Luégo la asamblea de 1935, al expedir la ordenanza número 16, no pudo quebrantar ninguna situación jurídica concreta como la que alega el demandante en este juicio.

Como corolario de todo lo relacionado surge entonces la necesidad de confirmar la sentencia que ha sido materia de esta apelación. Así lo pidió también el señor procurador delegado en lo civil, en su último alegato.

Fallo.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor procurador delegado en lo civil, **confirma** la sentencia materia de este recurso de apelación pronunciada por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá en la primera instancia de este juicio con fecha 8 de febrero del año en curso.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

VENTA DE INMUEBLES DE SUCESIONES ILIQUIDAS.

1.—La venta de inmuebles de una sucesión ilíquida equivale a la venta de cosa ajena, y tiene, por consiguiente, la validez que a esta clase de ventas reconocen los artículos 1871 y 1874 del Código Civil.—2.—Aunque el legatario no tiene la condición de comunero en la universalidad llamada herencia, es incuestionable que el inmueble materia de su legado, si aún no se ha verificado la partición, pertenece a una sucesión ilíquida. Ese inmueble y los demás bienes de la mortuoria, constituyen la prenda general de los acreedores del causante. De ahí que mientras no se liquide la mortuoria ningún asignatario, bien sea a título universal o singular, puede disponer, como de cosa propia, de bienes de la sucesión. Y es que —concretándose al caso del legatario— bien podría suceder que por tratarse de una sucesión recargada de deudas, no fuera posible la adjudicación del legado. Bien conocido es el aforismo de que donde hay deudas no hay herencia.—3.—La solidaridad en el pago de los impuestos la establecen de manera clara y precisa los artículos 12 y 24 de la Ley 63 de 1936.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veintidos de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Juan A. Donado V.).

La Recaudación de Hacienda Nacional del Guamo adelanta a favor del Tesoro Nacional y contra la sucesión de Delfín Guzmán Lugo un juicio ejecutivo para el pago de los impuestos correspondientes a las asignaciones testamentarias hechas por el de cujus a la señora Magdalena Vaquero, como cónyuge supérstite, al señor Abraham Sanabria, como su heredero universal, y a varias otras personas, como legatarios.

La citada Recaudación, en auto del 16 de enero de 1940, decretó el embargo, depósito y avalúo de bienes declarados y denunciados como de propiedad de la sucesión demandada.

La señora Adela Lopera, según consta en la escritura pública número 286 del 23 de noviembre de 1933, vendió al señor Eléazar Arias un derecho de tierra equivalente a cincuenta hectáreas pertenecientes al inmueble denominado "El Impertinente" y que viene a ser uno de los legados de la sucesión mencionada, conforme el numeral 3º de la cláusula sexta del respectivo testamento, que se halla protocolizado en la misma Notaría del Guamo, bajo el número 289 del 22 de junio de 1929; hay constancia del pago del impuesto correspondiente al legado. Y fundado en este hecho, el señor Eleazar Arias solicitó al Juez ejecutor que decretara el desembargo de las dichas cincuenta hectáreas de terreno, comprendidas en el inmueble denominado "El Impertinente" el cual fue embargado por auto arriba mencionado del 16 de enero de 1940.

El señor Juan Pablo Sánchez pidió también al mismo Juez el desembargo de un lote de terreno llamado "San Juanito" y de diez hectáreas de un lote denominado "Serrezuela", ambos pertenecientes al legado que le asignó el testador señor Delfín Guzmán Lugo, y embargado en este juicio; funda su petición en el hecho de haber pagado el impuesto respectivo de la asignación.

El señor Aureliano Padilla Guzmán, solicita igualmente el desembargo de cincuenta y cuatro hectáreas de terreno, que hubo de las señoras Cenén Lopera, Ernestina Lopera y Ana María Gil (todas legatarias del mismo causante Delfín Guzmán Lugo), según consta en escrituras que obran en autos; dichas hectáreas de terreno fueron embargadas en auto del 16 de enero ya citado. Alega el hecho de haber sido pagado el impuesto que grava el respectivo legado.

El señor Eusebio Díaz P., por escritura número 313 del 12 de diciembre de 1933, compró a la Iglesia del Guamo el legado que a ésta le hizo el mismo de cujus ya citado. Dicho legado consiste en una porción del terreno llamado "Callejón de Guaduas", el cual pertenece a la referida sucesión y se encuentra trabado en este juicio por el mismo auto de embargo tantas veces mentado. Por haber pagado el impuesto liquidado al respectivo legado, el citado señor Eusebio Díaz P. pide al Juez Fiscal, el desembargo.

En auto del 14 de agosto del presente año, la Recaudación de Hacienda Nacional del Guamo negó las peticiones de desembargo que acaban de relacionarse. Por apelación de esta providencia ha subido el negocio a esta superioridad, en donde se procede a resolver lo pertinente por estar surtida la tramitación propia del recurso.

Se considera:

El auto ejecutivo, aunque en un principio se libró contra todos los asignatarios de la herencia del señor Delfín Guzmán Lugo, fue reformado por providencia del 13 de octubre de 1931 en el sentido de dictar el mandamiento de pago contra la sucesión del señor Delfín Guzmán Lugo representada — dice el proveído respectivo — por el albacea doctor Alcides Castellanos y el heredero instituído señor Abraham Sanabria, a quienes se les hizo la notificación personal correspondiente.

En el negocio en examen los legatarios y cesionarios arriba mencionados pidieron que, por haberse pagado el impuesto correspondiente, se desembargaran los inmuebles objeto de sus legados. A tal solicitud no puede accederse por las siguientes razones:

1ª Los bienes trabados en el presente juicio fueron denunciados como de propiedad de la sucesión del señor Delfín Guzmán Lugo, y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Guamo resulta que dicho señor Guzmán Lugo es el poseedor inscrito de los inmuebles embargados; y

2ª La posesión inscrita no ha pasado a cabeza de los legatarios y cesionarios solicitantes, pues para que ello se verifique se requiere un acto de partición aprobado y debidamente registrado, lo que no ha sucedido en el presente caso.

De donde se concluye que las enajenaciones que los respectivos legatarios hicieron de los inmuebles objeto de su legado, equivale a venta de cosa ajena, con las consecuencias que se determinan en el artículo 1871 del Código Civil. Ya la Corte, Sala de Casación Civil, en fallo de 15 de diciembre de 1898 expresó el concepto de que "la venta de inmuebles de una sucesión ilíquida equivale a la venta de cosa ajena, y tiene, por consiguiente la validez que a esta clase de venta reconocen los artículos 1871 y 1874 del Código Civil".

Aunque el legatario no tiene la condición de comunero en la universalidad llamada herencia, es incuestionable que el inmueble materia de su legado, si aún no se ha verificado la partición, pertenece a una sucesión ilíquida. Ese inmueble y los demás bienes de la mortuoria, constituyen la prenda general de los acreedores del causante. De ahí que mientras no se liquide la mortuoria ningún asignatario, bien sea a título universal o singular, pueda disponer, como de cosa propia, de bienes de la sucesión. Y es que — concretándonos al caso de legatario—, bien podría suceder que por tratarse de una sucesión recargada de deudas, no fuera posible la adjudicación del legado. Bien co-

nocido es el aforismo de que donde hay deudas no hay herencia.

En síntesis, los bienes embargados por el auto del 16 de enero del año en curso, dictado por el Recaudador de Hacienda Nacional del Guamo, pertenecen a la entidad ejecutada y no a otra persona distinta.

En relación con la solidaridad en el pago de los impuestos, cabe observar que la establecen de manera clara y precisa los artículos 12 y 24 de la Ley 63 de 1936. Se observa, por último, que el artículo 96 de la propia ley dispone que sus preceptos se aplicarán a todas las mortuorias causadas y a todos los juicios de sucesión pendientes en el momento de entrar en vigencia.

Tinosamente observa el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"En el caso de autos no se trata — como lo aducen los querellantes — de desconocer el pago del impuesto que directamente recayó sobre el respectivo asignatario y que fue satisfecho. Tal pago cumple su finalidad jurídica. Mas la ejecución que se sigue tiene una causa distinta: la solidaridad para el pago total de la deuda, por concepto de impuesto, que grava a la sucesión considerada como un todo, y a sus componentes.

"En tal sentido, pues, — continúa el señor Representante del Ministerio Público — el artículo 24 citado consagra una excepción al principio que trae el artículo 1419 del Código Civil — artículo este último que establece la responsabilidad de los legatarios en calidad de subsidiaria — excepción que obra únicamente respecto del pago del impuesto de sucesiones, esto es, en favor exclusivamente del Fisco Nacional como acreedor hereditario".

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto materia de la alzada, dictado por el Recaudador de Hacienda Nacional del Guamo, el 14 de agosto de 1940.

Sin costas.

Como en este negocio se han propuesto excepciones, sométanse a repartimiento.

Notifíquese y cópiese.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

COMPETENCIA

Conforme al Decreto Legislativo número 1315 de 1936 las ejecuciones por jurisdicción coactiva, menores de quinientos pesos, son de competencia de los Tribunales Superiores y no de la Corte, según reiterada jurisprudencia de ésta, referente a los recursos de apelación o a los incidentes de excepciones y de tercerías en esos asuntos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Se pide reposición del auto por medio del cual la Sala se abstuvo de conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de The Dorada Railway Extension, Limited, contra el fallo del tribunal del distrito judicial de Ibagué en que declaró no probadas las excepciones propuestas por la expresada sociedad en la ejecución que la nación le adelanta para el pago de un impuesto.

El crédito fiscal materia del cobro asciende a la cantidad de $ 253.70, por lo cual esta Sala decidió, en el auto reclamado, dándole aplicación al artículo 10 del decreto número 1315 de 1936, que ese negocio, por no alcanzar a una cuantía mayor de $ 500, se sustrae a la competencia de la Corte, no siendo susceptible del recurso interpuesto.

Esto lo dijo la Sala fundándose en reiterada jurisprudencia de ella acerca del alcance del mencionado artículo 10.

Pero el memorialista no se conforma con las anteriores decisiones de la Sala.

Combate la doctrina por ella sustentada. Argumenta basándose en la existencia del artículo 37 del Código Judicial, que hace apelables ante la Corte los fallos de excepciones pronunciados por los tribunales en asuntos de jurisdicción coactiva, y en los artículos 491 y 493 de la misma obra, que establecen la regla general de que las sentencias de primera instancia son apelables a efecto de que tengan dos grados o jurisdicciones. A este razonamiento agrega que el artículo 10 no limita los grados del juicio. Solamente atribuye el conocimiento de las apelaciones, incidentes, etc., unas veces a la Corte, y otras, a los tribunales superiores. Pero no define cuáles autos y sentencias sean apelables y cuáles no. De manera que para decidir cuándo un auto o sentencia es apelable hay que aplicar las reglas generales. Sostiene que el citado artículo 10, en sus dos colones, separa las apelaciones de los incidentes de excepciones y de las tercerías; luego "las apelaciones" a que el artículo se refiere, son las que proceden conforme a las reglas generales y al artículo 11, fuera de las procedentes en los incidentes de excepciones y en las tercerías.

Se considera:

La Corte no está de acuerdo con el anterior razonamiento.

En primer lugar ese razonamiento choca contra el manifiesto espíritu con que fue dictado el decreto 1315 encaminado a obtener una mayor eficacia y prontitud en la recaudación de las rentas públicas, simplificando trámites, pero naturalmente conservando las garantías esenciales del procedimiento judicial. Por esa causa y también con el objeto de descargar a la

Corte de negocios de menor cuantía, que no corresponden a la categoría de sus funciones, debía sustraer estos negocios de su competencia, para lo cual tenía que reformar en lo pertinente las disposiciones respectivas del Código Judicial.

En segundo lugar el contenido del artículo 10 no contradice esas finalidades. Al contrario, las confirma, en términos que pueden no ser rigurosamente técnicos, pero que en todo caso dejan campo a una interpretación racional y lógica que consulte las necesidades y defectos que el decreto persigue corregir.

En efecto: según lo que disponía el Código la Corte conocía de los incidentes de excepciones, de las tercerías en los juicios de jurisdicción coactiva de carácter nacional, y de las apelaciones de los autos dictados en la misma clase de negocios por los jueces ejecutores. Esta competencia no tenía ninguna excepción cualquiera que fuese la cuantía del cobro. Dábase por ello el caso extravagante de que con frecuencia la Corte estaba obligada a conocer de ejecuciones por mero valor de centavos.

A corregir tal absurdo, al mismo tiempo que a simplificar el procedimiento, tiende el decreto 1315, que no es de carácter puramente reglamentario sino marcadamente legislativo, por ende con la misma fuerza de ley. Las ejecuciones menores de quinientos pesos de carácter nacional el decreto las atribuye ahora a la competencia de los tribunales superiores. Los tribunales conocerán así en adelante, como en el pasado hacíalo la Corte, de tales ejecuciones, con ocasión de los recursos de apelación o de los incidentes de excepciones o tercerías. La Corte conocía en una sola instancia; sus providencias eran definitivas. Pues bien, este principio, de la única instancia que es de la ley, lo conserva inalterable el decreto del gobierno, circunscrito a establecer diferencias de cuantía a efecto de que sea otra, distinta de la señalada por el código, la entidad judicial que conozca de los juicios de inferior cuantía. El hecho de que los tribunales conozcan según la nueva ley de esta clase de asuntos, no los coloca bajo determinadas reglas generales de aplicación en los juicios comunes, en fuerza de que las ejecuciones de carácter fiscal se regulan por las disposiciones especiales que la ley les dé; de donde si la ley especial no ha previsto un recurso el juez tampoco puede otorgarlo aplicando preceptos aplicables a otras materias distintas y en todo caso de índole diversa a la materia singularmente reglamentada.

El artículo 11 del decreto no sirve para impugnar la tesis que aquí se sustenta. Bien al contrario la confirma. Establece que las incidencias que en los juicios de carácter fiscal se promuevan, como las de desembargo, nulidad, etc., serán tramitadas y resueltas por los funcionarios ejecutores, y de la apelación de sus fallos conocerá la justicia ordinaria, según la cuantía del negocio, conforme se prevee en el artículo 10. Esta disposición pues reglamenta, con carácter excepcional, determinados actos en los mencionados juicios. La mayor parte de los incidentes que en ellos surjan se resuelven por el respectivo funcionario administrativo. Allí el poder judicial carece de intervención, si no es para revisar lo que decida ese funcionario. Judicialmente no hay lugar a más de un grado de decisión, pues no es de ese carácter la del juez ejecutor. Y por qué así? En razón de la naturaleza especial de los créditos fiscales, para cuyo pronto recaudo se estima que no debe darse margen a dilatar los juicios con otras garantías administrativas por el poder judicial directamente, que aquellas estrictamente necesarias a salvaguardiar el derecho de los deudores. Y la defensa de los deudores o de quienes ocasionalmente tienen intereses comprometidos en el juicio, se garantiza eficazmente con un solo y único grado de intervención de la justicia ordinaria, ya tramitando y fallando ella misma el respectivo incidente, como en el caso de las tercerías o de las excepciones, o ya revisando por vía de apelación las resoluciones dictadas por el em-

pleado administrativo que está siguiendo la ejecución en nombre del Estado.

En consecuencia no hay ninguna razón para que se otorgue un recurso no previsto, contra los fallos de los tribunales en asuntos de menor cuantía, dictados en los incidentes de excepciones o de tercería, de juicios de jurisdicción coactiva. Con un recurso de apelación ante la Corte, en esos incidentes, se rompe el principio legal, de que de tales incidentes, como de los de mayor cuantía, conoce el poder judicial en un solo grado de jurisdicción.

Se hace otro argumento, para sustentar el recurso de reposición. Dícese que el supracitado artículo 10 del decreto 1315 es inaplicable por los jueces porque viola la Constitución. Y la viola en razón de que el gobierno al proferirlo extralimitó las facultades en uso de las cuales dijo obrar.

Repítese así nuevamente la objeción ya también considerada por la Sala en otras ocasiones, de que el decreto en lo que atañe a la división de las cuantías y competencias respectivas está fuera de las autorizaciones del artículo 14 de la ley 102 de 1936.

También en este argumento exagera los conceptos el señor apoderado.

En primer término para que una disposición normativa deje de aplicarse por el juez a un caso particular, por incompatibilidad constitucional (artículo 5º, ley 57 de 1887), precisa que la oposición sea manifiesta, ostensible, es decir que no dé lugar a dudas por la manera notoria para cualquiera como el precepto contradiga determinado canon de la Carta. Y ello debe ser así dado que un criterio opuesto, de benevolencia para admitir la rebeldía de la ley contra la Constitución, lleva fácilmente a socavar por su base la normalidad jurídica, como que nunca faltaría algún pretexto para dejar de aplicar aquélla.

Basta pues que el punto del antagonismo de la ley con la Constitución deje de presentarse claro, pero con la más rigurosa nitidez, para que la aplicación de la primera obligue. La mayoría de los problemas de hermenéutica constitucional son complejos. La gravedad de ellos se acentúa al estudiar las relaciones entre la ley y el principio superior de donde proviene. Cuando el punto es controvertible la Corte en la correspondiente función de control que le asignó el constituyente tiene potestad para definirlo con autoridad suprema y consecuencias universalmente obligatorias. Es verdad que la decisión del juez del pleito cuando desecha la ley que estima viciada, tiene efectos limitados al negocio de que está conociendo. Carece de la transcendencia erga omnes de las sentencias sobre inexequibilidad de la Corte en pleno. Mas no por ello el juez común, a virtud de razones más o menos discutibles obra correctamente desconociendo la ley que esté revestida de serias apariencias constitucionales, porque con ello se expone fácilmente a cometer una arbitrariedad, si a la postre resulta declarado por quien tiene autoridad definitiva para hacerlo, que la ley no pugna con la Constitución.

Viniendo al caso concreto del artículo 10 del decreto 1315, él deriva su fuente de vida del artículo 14 de la ley 102 de 1936. Dicho artículo dispuso autorizar al gobierno para "organizar la administración y recaudación de las rentas e impuestos nacionales; para fijar la **jurisdicción y funciones de los empleados públicos** que hayan de intervenir en tales actividades....."

En ejercicio de tal autorización el gobierno dispuso las regulaciones ya conocidas. Constituye así el decreto un reglamento autónomo con la misma fuerza de la ley. Ese reglamento pudo comprender todo el ancho campo de la administración y recaudación de las rentas nacionales; y de la atribución de funciones a los empleados públicos que haya necesidad de que intervengan en tales actividades.

Por el hecho de que la sala de negocios

generales y los tribunales superiores sean tribunales de justicia, no por eso dejan de pertenecer sus miembros a la categoría de los empleados públicos, definida por el artículo 5 del código político y municipal. En calidad de tales intervienen en los juicios de jurisdicción coactiva, que son de índole más administrativa que judicial, en orden a garantizar la aplicación de la ley en la recaudación ejecutiva de los créditos fiscales. Luego no solamente no es dudosa, sino que es más bien clara la constitucionalidad en lo atinente con el poder judicial, del decreto 1315. Doble motivo para que esta sala lo continúe aplicando, porque aun cuando la referida cuestión ofreciera dudas, como la ilegalidad no es patente, la sala obraría con ligereza dejándolo de aplicar.

Con razón esta misma sala de negocios generales dijo lo siguiente en fallo de 7 de mayo de 1937, Gaceta Judicial, tomo 45, páginas 518 y 519, doctrina que hoy se reitera:

"La recaudación de las rentas e impuestos nacionales, para cuya organización se autorizó al Organo Ejecutivo, comprende todos los actos conducentes a que las rentas e impuestos se satisfagan al erario nacional por las personas obligadas a hacerlo. El Congreso Nacional quiso conferir al Ejecutivo atribución bastante para que hiciese lo necesario a la recaudación de tales tributos; para que el Ejecutivo organizara todo lo relacionado con la administración y recaudación de los impuestos y rentas, en orden a un eficaz recaudo de las imposiciones.

"El cobro coactivo de las deudas a favor del Estado es un medio para la recaudación de las mismas, que cabe naturalmente dentro de la autorización dada al Ejecutivo para organizar la efectiva percepción de las rentas.

"En el juicio respectivo existen apelaciones o incidentes. La apelación del mandamiento ejecutivo y las excepciones son parte integrante del proceso, pues ellas se encaminan a enderezar alguna irregularidad en su tramitación o a considerar si determinados hechos pueden enervar, destruír la acción o aplazar su exigibilidad.

"La autorización al Ejecutivo para la recaudación de las rentas e impuestos nacionales no está limitada, como lo asegura el señor Procurador Delegado en lo Civil 'a ciertos funcionarios que ejercen jurisdicción coactiva', pues, como se ha visto, el recaudo de los tributos comprende todas las actividades que los empleados nacionales desarrollan, desde el simple cobro administrativo, pasando por el procedimiento de la jurisdicción coactiva y por la decisión de los recursos e incidentes judiciales, hasta el pago al recaudador. Los empleados nacionales, así los simplemente administrativos, como los que se hallan investidos de jurisdicción coactiva y los del orden judicial, intervienen todos en el procedimiento necesario para obtener la satisfacción de los impuestos.

"No habiendo distinguido la ley, al autorizar al Organo Ejecutivo, entre unos y otros empleados nacionales, debe entenderse que se refirió a todos aquellos que según su carácter habrían de intervenir en la tramitación propia del cobro de las contribuciones.

"Y como el artículo 14 de la ley 102 de 1936 autorizó al Ejecutivo para fijar la jurisdicción de los empleados públicos que intervengan en la recaudación de las rentas e impuestos nacionales, el artículo 10 del decreto 1315 de 8 de junio de 1936, que fija el conocimiento por la Sala de Negocios Generales de la Corte y por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de las apelaciones y los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos de recaudación, es apenas el desarrollo de la facultad mencionada.

"La ley autorizó al Ejecutivo para todo lo referente a la recaudación de los impuestos, y en particular para que fijara la jurisdicción de los empleados que en ella intervinieran; el decreto adoptó varias medidas administrativas conducentes al fin buscado y señaló también reglas de

jurisdicción. El decreto ejerció debidamente la facultad otorgada por el Congreso.

"La Corte no encuentra, por tanto, fundados los reparos que en este particular formulan tanto el Tribunal de Bogotá como el señor Procurador Delegado en lo Civil".

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, no accede a reponer el auto reclamado del 9 de julio postrero, de que se hizo mérito al principio de este proveído.

Cópiese, notifíquese y publíquese esta providencia en el próximo número de la Gaceta Judicial.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

CONTROVERSIAS ENTRE PATRONOS Y OBREROS — PROCEDIMIENTO VERBAL PARA ESTOS ASUNTOS

El artículo 1º de la ley 45 de 1939 debe interpretarse partiendo de la base de que el legislador tuvo como mira exclusiva la indicación de un *procedimiento especial* en los litigios a que alude dicho ordenamiento, dejando intactas las reglas generales que sobre *jurisdicción* y *competencia* contiene el C. J. Ese procedimiento es el verbal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Saúl Guzmán, por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal Superior de Bogotá al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y a la Nación, para que mediante el trámite de los artículos 1208 y siguientes del Código Judicial se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª El Consejo debe pagar a mi poderdante una pensión vitalicia de jubilación de $ 62.50 mensuales.

"2ª Dicha pensión se contará desde el día 3 de enero de 1934; en subsidio, desde el día 5 de marzo de 1934.

"3ª El pago de las cuotas atrasadas hasta el día en que este fallo se ejecutoríe, lo hará el Consejo inmediatamente, pudiendo descontar lo anticipado por este concepto, en la forma legal".

El tribunal, en auto de fecha 26 de junio del año en curso, estimó inadmisible la anterior demanda, fundando su negativa en las siguientes consideraciones:

"El artículo 1º de la ley 45 de 1939 dispone que la jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto, y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente, cuando se trate de controversias que deban tramitarse según el procedimiento verbal señalado en el mismo código. El artículo en cita omitió determinar la competencia, en las controversias que enumera, por razón de la calidad de las partes, lo que debe entenderse como una excepción al principio general consignado en el artículo 150 del C. J. En tal virtud no puede aplicarse al presente caso la regla contenida en el artículo 76, ibídem".

Contra la anterior providencia interpuso apelación el apoderado del demandante, por lo cual el expediente llegó a la Corte para la tramitación y fallo del recurso. Y como ya está agotada la sustanciación de rigor, la Sala procede a decidir en definitiva.

El señor procurador delegado en lo civil no comparte la tesis sustentada por el tribunal en el auto recurrido y pide, por lo tanto, la revocación de dicha providencia para que en su lugar se admita la demanda.

Se considera:

El verdadero espíritu de la ley 45 de 1939 resulta en franca contradicción con los razonamientos en que se fundó el tribunal para declarar inadmisible la demanda.

En efecto, estudiada cuidadosamente la historia fidedigna del establecimiento de la precitada ley, surge patente la conclusión de que lo que el legislador se propu-

so fue generalizar el principio procedimental ya consagrado para cierta clase de litigios por los artículos 18 de la ley 10 de 1934 y 33 del decreto número 652 de 1935, esto es, consagrar de modo general el procedimiento verbal para las controversias entre patronos y trabajadores, procedimiento que está señalado en el Título XLVI del Libro II de la Ley 105 de 1931, con el objeto de evitar así que tales controversias tengan que ser desatadas mediante el largo y costoso procedimiento del juicio ordinario. Esta es la idea fundamental que se sustenta tanto en la exposición de motivos del proyecto de ley como en los respectivos informes de las comisiones de las cámaras legislativas.

De tal suerte que el artículo 1º de la ley 45, al rededor del cual gira esta controversia, debe interpretarse partiendo de la base de que el legislador tuvo como mira exclusiva la indicación de un procedimiento especial en los litigios a que alude dicho ordenamiento, dejando intactas las reglas generales que sobre jurisdicción y competencia contiene el código judicial.

El fin primordial de la ley, pues, se alcanza plenamente con la aplicación del procedimiento verbal a los litigios entre patronos y obreros, sin que las reglas sobre jurisdicción y competencia se opongan en lo más mínimo a tal finalidad.

Por manera que considerar modificadas por el legislador de 1939 las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, tal como lo sostiene el tribunal, equivale sencillamente a hacerle producir a la ley 45 consecuencias jurídicas distintas de las que fueron previstas al expedir dicho ordenamiento.

Por lo que hace al hecho de que la segunda parte del artículo 1º de la ley 45 dice que "la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial", la Sala acoge los siguientes conceptos del señor procurador delegado en lo civil, en los cuales se precisa el verdadero sentido de aquella frase y se pone de manifiesto al propio tiempo lo infundado de la interpretación que a la misma le da el tribunal en el auto recurrido:

"Es cierto que el legislador del año de 1939 pasó por alto — al expedir la Ley 45 de ese año — determinar la competencia, en las controversias que enumera, por razón de la calidad de las partes, pues dice la citada disposición que "la jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial vigente".

"Pero la última frase. SEGUN LAS REGLAS GENERALES DEL CODIGO JUDICIAL VIGENTE. está demostrado que lo que hizo el legislador fue acomodar lo referente a la competencia a la regla general del artículo 150 del Código Judicial. La omisión de una de las circunstancias establecidas en ese principio general no puede considerarse como una excepción, porque no existe fundamento alguno que la justifique. Todo lo contrario, aparecen motivos abundantes para sostener que ese recorte del legislador del año 39 — en el caso discutido — se debió más bien a falta de técnica, como lo afirma el señor apoderado en su escrito a la Honorable Sala. Porque en los juicios en que es parte el Estado, siempre interviene el factor subjetivo o personal por razón de la calidad especial de esa persona jurídica.

"La interpretación literal de la Ley 45 de 1939 podría justificarse si se tratara de controversias entre particulares, pero no cuando interviene la Nación, porque la facultad que la ley da a los Tribunales Superiores para conocer de los juicios en que la Nación es parte, en calidad de demandante o de demandada, se fundamenta en otras razones, muy distintas por cierto a la cuantía del asunto".

A mérito de lo relacionado, la Sala de

Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, REVOCA el auto apelado de fecha 26 de junio del año en curso, y en su lugar resuelve que vuelva el expediente al tribunal superior de Bogotá, para que entre a fallar sobre el fondo de este negocio.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

PENSIONES DE JUBILACION DECRETADAS POR ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

La facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley 71 de 1926 sólo podrán ejercerla las Asambleas en Ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión. De consiguiente, cuando las Asambleas decreten pensiones de jubilación fuera de los términos en que por la citada ley les está permitido, conceden únicamente, no un derecho de carácter obligatorio, sino una concesión a título gratuito que en cualquier momento se puede retirar por la entidad que la haya otorgado. Ordenanza de esa naturaleza es de simple liberalidad, inadecuada por consiguiente para obligar al Departamento irrevocablemente y para generar ningún derecho adquirido en favor del beneficiario.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La señorita Constancia M. Pinedo, del vecindario de Ciénaga de Oro, propuso demanda en juicio ordinario contra el departamento de Bolívar y ante el tribunal superior del distrito judicial de Cartagena para que con audiencia del respectivo agente del ministerio público, se le condene al pago de la suma de $ 1,996.20 oro legal, que le está debiendo a la demandante en concepto de una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios al magisterio y a la enseñanza, según lo estatuído en los artículos 24 y 25 de la ordenanza número 18 de 1934, de la asamblea departamental de Bolívar.

La acción se sustenta en varios hechos los que brevemente sintetizados son así: a) la asamblea de Bolívar por medio de la ordenanza citada decretó a favor de las señoritas Constancia M. Pinedo y Emma Mendoza, como maestras de escuela primaria, una pensión vitalicia de jubilación, la cual por razón de la cuantía del sueldo de cada una fue de $ 33.32 para la primera y de $ 20 para la segunda; b) la asamblea abrió un crédito adicional al presupuesto vigente entonces por la suma de $ 106.64, con el objeto de pagar a las agraciadas sus pensiones de jubilación en los meses de mayo y junio del mismo año de 1934; c) en el presupuesto de las vigencias fiscales subsiguientes hasta 1938 la asamblea incluyó las partidas necesarias para pagarle la pensión a la señorita Mendoza, omitiendo en cambio votar las partidas necesarias para hacer el mismo pago a la señorita Pinedo; d) en la asamblea de 1938 se proyectó votar la partida necesaria para pagarle las pensiones que se le estaban debiendo a la citada señorita, pero tal propósito no alcanzó a cristalizar en ninguna ordenanza.

Corrido el traslado correspondiente de la demanda al señor fiscal éste se opuso a la acción incoada. Después de la tramitación ritual el pleito fue decidido por el tribunal en sentencia de 12 de febrero del corriente año, reconociendo el crédito cobrado y ordenando al demandado el correspondiente pago.

Ninguna de las partes apeló del fallo,

pero el tribunal dándole aplicación a la ley lo envía en consulta a esta Corte, la que en consecuencia pasa a definir el negocio mediante las consideraciones siguientes:

Los hechos de la demanda relativos a la expedición de la ordenanza número 18 de 1934 por la asamblea departamental de Bolívar cuyo artículo 24 le reconoce a la demandante una pensión de jubilación de $ 33.22 mensuales como maestra de escuela, y a que esta pensión no ha sido pagada desde la vigencia del año 1934-1935 están plenamente demostrados, con la copia debidamente expedida por la autoridad legítima, de la disposición ordenanzal, y el certificado de la contraloría del departamento de Bolívar informando que a partir del último año indicado no ha existido partida alguna en los presupuestos del departamento apropiada para el pago de su pensión a la señorita Pinedo.

Pero de esos hechos no se deduce ningún crédito en contra del departamento y a favor de la señorita Pinedo.

En efecto, las asambleas departamentales de acuerdo con el artículo 16 de la ley 71 de 1916 están facultadas para decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras de escuelas oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas asambleas podrán determinar y que no será menor de quince años. Pero esta facultad sólo la podrán ejercer en ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión.

De consiguiente cuando las asambleas decretan pensiones de jubilación fuera de los términos en que por la anterior ley les está permitido, conceden únicamente no un derecho de carácter obligatorio sino una concesión a título gratuito, que en cualquier momento se puede retirar por la entidad que la haya otorgado.

Sobre el particular esta Sala ya sentó jurisprudencia en un caso exactamente igual al actual, también referente al departamento de Bolívar, para cuya solución dijo lo siguiente en sentencia de 26 de septiembre del corriente año, doctrina que hoy tiene por lo tanto la misma oportunidad:

"Es incuestionable que entre las atribuciones de las Asambleas Departamentales se encuentra la que las faculta para decretar pensiones de jubilación a maestras de escuela (numeral 4º del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913). Pero las Asambleas ejercerán esta facultad previa la expedición de la ordenanza básica o reglamentaria y mediante el lleno de las formalidades que en ellas se establezcan. Y como en el presente caso no aparece que se hayan llenado tales requesitos, la jubilación decretada en favor de la señora Sánchez de Hernández no pasa de ser una simple gracia.

"Para que pueda hacerse la erogación que demanda una disposición ordenanzal como la invocada por la actora, es necesario que se haya hecho la apropiación adecuada en el presupuesto, o que se haya abierto el crédito administrativo correspondiente. Se trata, sin duda, de un acto de los que el derecho público llama de **imperio**, de los que la entidad administrativa, en ejercicio de la soberanía, realiza en forma facultativa. Siendo ello así, y dado el carácter de gracia que tiene la pensión de jubilación que motiva este pleito, el acto que la reconoce ha de estar condicionado a las posibilidades del fisco departamental. Si el gasto que demanda la ordenanza que decreta una jubilación de esa especie no se ha incluído en la ordenanza de apropiaciones, hay que presumir que la omisión obedece a razones de orden fiscal debidamente pasadas y medidas por la asamblea. Hay que pensar, en la hipótesis contemplada, que se ha seguido un orden de prelación en los gastos que demandan los servicios públicos; que algunos más urgentes de la administración han determinado la no inclusión en el presupuesto del gasto de que se trata. De procederse con otro criterio, y dado el crecidísimo número de or-

denanzas en que las asambleas decretan gracias, sería inminente el riesgo de llevar a la entidad seccional a una completa bancarrota".

De esta manera el que la asamblea de Bolívar haya otorgado la pensión a la señorita demandante, y luégo haya suspendido el pago, no genera ningún vínculo de derecho que dé acción para cobrar las cuotas que se le han dejado de pagar, pues con la misma libertad con que el departamento por medio de un acto unilateral y de soberana voluntad resuelve darle gratuitamente a una persona determinada suma de dinero, puede luégo retirar la oferta en todo o en parte o pagarla cuando a bien lo tenga, y en las condiciones en que lo estime más conveniente porque, se repite, la ordenanza que en forma tan extraordinaria y excepcional crea la pensión es de simple liberalidad, inadecuada por consiguiente para obligar al departamento irrevocablemente y generar ningún derecho adquirido en favor del beneficiario.

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, REVOCA la sentencia apelada dictada en este negocio y en su lugar niega la demanda propuesta por la señorita Constancia M. Pinedo contra el departamento de Bolívar.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Secretario.

FAROS — EXENCION DE IMPUESTOS NACIONALES

1. La facultad del órgano ejecutivo para celebrar contratos de privilegio para la construcción y explotación de faros se desprende del artículo 1º de la ley de 7 de junio de 1856, y el legislador de 1903, por medio de la ley 63, reafirmó la facultad del otorgamiento de tales privilegios. Y en los decretos legislativos números 34 y 46 de 1905 se facultó la exención de impuestos. Esos decretos fueron ratificados por las leyes 15 y 17 del mismo año de 1905, así como por la ley 49 de 1904. Solamente hasta el año de 1906 el Decreto Legislativo número 46 prohibó la estipulación de exención de impuestos nacionales. — 2. La jurisdicción para conocer de litigios en que se trata de la interpretación de una cláusula de un contrato celebrado con la Nación está asignada por la ley a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia; mientras ella no decida sobre el punto en cuestión, no puede adelantarse ninguna acción ejecutiva por razón de impuestos. — 3. La actuación administrativa referente al pago de impuestos procede únicamente en casos en que se haya consignado previamente el valor del impuesto. La hipótesis de un juicio ejecutivo en estas condiciones es absolutamente inadmisible. Este juicio se iniciará, y es deber de los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva hacerlo, en los casos en que el contribuyente gravado se niegue a pagar. Iniciado entonces el juicio por el Recaudador de Hacienda Nacional o por el respectivo Juez de Ejecuciones Fiscales Nacionales, la Sala de Negocios Generales de la Corte conocerá privativamente del incidente de excepciones y de las tercerías que en él se presenten. Así como también, en segunda instancia, de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por aquellos funcionarios. No puede entonces decirse que el incidente de excepciones en estos juicios implique una revisión de fondo del proceso administrativo, desde el momento en que tal proceso no pudo tener ocurrencia porque para ello era menester el pago anticipado del impuesto, y si tal pago se efectuó la acción ejecutiva no pudo tener en ningún momento existencia jurídica por sustracción de materia. Los extremos son, pues, perfectamente definidos: si hubo actuación administrativa, no pudo producirse el juicio ejecutivo y caer en consecuencia el negocio bajo la jurisdicción de la Corte; y a su turno, si procedió la acción ejecutiva, fue sencillamente porque no medió el pago del impuesto, requisito indispensable para dar comienzo al proceso administrativo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

La señora Teresa Piñeres v. de Jiménez, mediante apoderado, en el juicio ejecutivo que para el pago de los impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades del año de 1937 se adelanta contra la misma en la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar, propuso las excepciones de "petición antes de

tiempo, inexistencia de la obligación, error de cuenta" y otras referentes a la ilegalidad en la liquidación y cobro del impuesto. Enviado el incidente a la Corte y tramitado legalmente en esta Sala, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

La Administración de Hacienda Nacional de Bolívar reconoció a favor de la Nación y a cargo de Teresa Piñeres v. de Jiménez la cantidad de $ 3.161.80, por los impuestos dichos en el año de 1937. Por esta suma más los intereses y las costas, la misma oficina libró orden de pago por la vía ejecutiva contra la mencionada señora, con fecha 27 de julio de 1939. El auto ejecutivo fue apelado por la demandada, el que fue confirmado por la Sala en providencia de fecha 25 de junio del corriente año, por considerar que el auto apelado se ajustaba en sus formalidades externas a los presupuestos procesales fijados por la ley, y no haberse presentado por la actora reclamo alguno contra su legalidad.

Tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el apoderado de la ejecutada presentaron en oportunidad sus alegatos de conclusión. El señor Procurador considera que las excepciones propuestas atacan en su fondo la liquidación del impuesto sobre la renta y sus complementarios que forma la base legal del título ejecutivo, y tienden, por lo mismo, a que se desconozca por la justicia ordinaria la validez de aquel acto administrativo, y pide, en consecuencia, que se declaren improcedentes las excepciones propuestas.

La Sala aboca el estudio de las excepciones en el orden en que fueron presentadas.

Excepción de petición antes de tiempo.

Se funda en los siguientes motivos y derecho:

a) La Administración de Hacienda Nacional de Cartagena impuso a la ejecutada por concepto de impuesto sobre la renta, patrimonio, exceso de utilidades y sanción por falta de declaración la suma de tres mil ciento sesenta y un pesos ochenta centavos ($ 3.161.80) equivalentes a la décima parte de $ 31.617.94 que dicha Administración liquidó como gravamen correspondiente a la concesión del faro de Bocas de Ceniza, en el año gravable de 1937;

b) En el momento de hacer la liquidación aludida estaba en vigencia y hoy lo está el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el señor Eliseo Navarro, firmado el 20 de junio de 1905, aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de julio del mismo año y por el Poder Ejecutivo el 11 de julio de 1905;

c) Dicho contrato dispone en su artículo 1º: "El Gobierno otorga al concesionario privilegio exclusivo para el establecimiento y explotación de un faro en el punto más apropiado de la isla de los Gómez, en la desembocadura del río Magdalena denominada Bocas de Ceniza, en el Departamento del Atlántico";

d) "Para todos los efectos legales el Gobierno declara la construcción del faro a que hace referencia este contrato obra de utilidad pública estará exenta del pago nacional o departamental, no comprendidas en esta excepción las facturas, derechos consulares, el papel sellado y timbre nacional" (cláusula 11);

e) Según lo establecido en la cláusula 2ª del contrato, el término del privilegio para la explotación del faro, es de cuarenta años, contados desde la fecha en que el faro esté terminado y se dé al servicio público, de tal manera que el privilegio se halla vigente. Estando vigente un contrato celebrado en legal forma las controversias que se susciten entre el Gobierno y el concesionario con motivo y por razón del contrato, excepción hecha sobre las cláusulas de caducidad, corresponden para su decisión, según el artículo 40 del C. J., privativamente a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, y por tal razón ni el Recaudador de Impuestos Nacionales de Bolívar, ni el

Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, ni el Ministro de Hacienda y Crédito Público, tienen autoridad para decidir unilateralmente sobre el pago de impuestos nacionales de que está eximida la concesión en virtud de una cláusula contractual. Para que el Gobierno, parte contratante, representado por cualquier entidad administrativa, pueda cobrar impuestos nacionales a la concesión del faro de Bocas de Ceniza, se requeriría sentencia previa de la Corte Seprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, que así lo ordenara, y la acción tendría que ser intentada por la parte contratante que desconoce la validez de las exenciones, o las restringe o limita su aplicación. No existiendo la mencionada sentencia, es claro que ha habido una petición antes de tiempo.

Sobre esta excepción, observa la Sala:

La facultad del órgano ejecutivo para celebrar contratos de privilegio para la construcción y explotación de faros, se desprende del artículo 1º de la ley de 7 de junio de 1856, que dijo: "El Senado y la Cámara de Representantes de la Nueva Granada reunidos en Congreso decretan: art. 1º.—A. El poder ejecutivo podrá conceder privilegios exclusivos a las corporaciones municipales de la República, compañías o individuos particulares, para el establecimiento o conservación de fanales en los puntos de las islas y costas de la Nación, en ambos océanos, que estime conveniente".

El legislador de 1903 por medio de la ley 63 de dicho año, reafirmó la facultad del otorgamiento de tales privilegios cuando en el parágrafo del artículo 24 dijo: "En faros establecidos con privilegio, se cobrarán los derechos de conformidad con lo estipulado en el respectivo contrato de privilegio".

La facultad para hacer la exención que reza la cláusula 11 del contrato está contenida en los decretos legislativos 34 y 46 de 1905 ratificados por las leyes 17 y 15 del mismo año, así como en la Ley 49 de 1904. Solamente hasta el año de 1906, el Decreto legislativo número 46 del propio año prohibió la estipulación de exención de impuestos nacionales cuando en su artículo 1º dijo: "Queda prohibido estipular exención de impuestos nacionales en los contratos que se celebren sobre privilegios para establecer ferrocarriles, empresas de navegación o cualesquiera otras".

El contrato para el establecimiento y explotación del faro en las Bocas de Ceniza firmado por Francisco Fonseca Plazas en nombre y en representación de Eliseo Navarro, y Modesto Garcés en su calidad de Ministro de Obras Públicas, tuvo su aprobación ejecutiva el 11 de julio de 1905, y en él, como ya se ha visto, el Gobierno declaró la construcción del faro a que hace referencia ese contrato obra de utilidad pública y exenta del pago de todo impuesto nacional o departamental no comprendidas en esta exención las facturas, derechos consulares, el papel sellado y timbre nacional.

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en comunicación número R-1508-H., dirigida al Administrador de Hacienda Nacional de Cartagena sostiene que "la tesis de que la concesión está exenta de impuesto no puede prosperar, puesto que ya ha sido admitida la teoría, sentada por la Jefatura en diversas ocasiones, de que el legislador no puede exencionar de impuestos futuros, como sucede en el caso analizado".

La parte ejecutada no ha aceptado la interpretación unilateral del contrato hecha por el Ministerio y sostiene que la cláusula sobre exención de impuestos nacionales es clara y debe cumplirse.

Para la Sala no resulta de la cláusula del contrato establecida la exención de impuestos con la claridad que pretende el apoderado de la ejecutada. Hay, pues, necesidad de hacer una interpretación del artículo del convenio; existe una controversia sobre la aplicación de un contrato en que es parte la Nación, y en consecuencia, tal controversia no puede ser dirimida unilateralmente. La jurisdicción para conocer de esta clase de litigios es-

tá asignada por la ley a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia; mientras ella no decida sobre el punto en cuestión, no puede adelantarse ninguna acción ejecutiva por razón de impuestos contra la actora en el incidente.

El señor Procurador, como se dejó relacionado, se abstuvo de considerar las excepciones propuestas y pidió a la Corte se las declarase improcedentes, fundando el pedimento en los siguientes postulados:

Debe establecerse la línea de separación entre la jurisdicción civil y la administrativa mediante este criterio:

Todo hecho extintivo de la obligación declarada en proceso administrativo cae bajo el dominio de la jurisdicción civil. Pero todo aquello que implique una revisión de fondo de aquel proceso a pretexto de ilegalidad ,en su prosecución y fallo es completamente extraño a la jurisdicción civil ordinaria, como quiera que para ello hay jurisdicción propia, dotada de tribunales independientes, cuyos fallos no pueden ser revisados por la justicia ordinaria, en virtud de precepto expreso consagrado en el artículo 93 de la Ley 130 de 1913.

Se considera:

En lo referente al impuesto sobre la renta y sus complementarios, la ley ha señalado el siguiente trámite administrativo para las reclamaciones de los contribuyentes: durante el mes de octubre de cada año cualquier contribuyente que crea que es injusto el impuesto que se le ha asignado podrá reclamar ante el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, presentando las razones de su reclamación; pero es condición indispensable para que se considere la reclamación el comprobante de estar pagado ya el impuesto sobre el cual se reclama. Si la decisión del Jefe es desfavorable al reclamante, éste puede recurrir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuyo fallo es apelable ante el Consejo de Estado.

La actuación administrativa procede, en consecuencia, únicamente en los casos en que se haya consignado previamente el valor del impuesto.

La hipótesis de un juicio ejecutivo en estas condiciones es absolutamente inadmisible. Este juicio se iniciará, y es deber de los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva hacerlo, en los casos en que el contribuyente gravado se niegue a pagar. Iniciado entonces el juicio por el Recaudador de Hacienda Nacional o por el respectivo Juez de Ejecuciones Fiscales Nacionales, la Sala de Negocios Generales de la Corte conocerá privativamente del incidente de excepciones y de las tercerías que en ellos se presenten. Así como también, en segunda instancia, de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por aquellos funcionarios.

No puede entonces decirse, como lo hace el señor Procurador, que el incidente de excepciones en estos juicios implique una revisión de fondo del proceso administrativo, desde el momento en que tal proceso no pudo tener ocurrencia porque para ello era menester el pago anticipado del impuesto, y si tal pago se efectuó, la acción ejecutiva no pudo tener en ningún momento existencia jurídica por sustracción de materia.

Los extremos son, pues, perfectamente definidos: si hubo actuación administrativa, no pudo producirse el juicio ejecutivo y caer en consecuencia el negocio bajo la jurisdicción de la Corte; y a su turno, si procedió la acción ejecutiva, fue sencillamente porque no medió el pago del impuesto, requisito indispensable para dar comienzo al proceso administrativo.

No procede el estudio de las demás excepciones, por haberse encontrado com-

probada la de petición antes de tiempo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de petición antes de tiempo fundada en los motivos expresados en este fallo, siendo por tanto ineficaces la acción intentada y el mandamiento de pago dictado por la jurisdicción coactiva. Como consecuencia, se ordena cesar el juicio y se decreta el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Juan A. Donado V. — Aníbal Cardoso Gaitán Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

RESTITUCION DE COSA ARRENDADA.—RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO. AUSENCIA DE CULPA.—DEMANDA DE RECONVENCION.

1.—Para que sea procedente la acción consagrada en el artículo 2005 del C. C. se necesita, desde luego, que la cosa arrendada exista, porque si se ha destruído o perecido hay imposibilidad de cumplir la obligación y, por tanto, otro será el derecho del arrendador si, por otra parte, ese estado de cosas se debe a culpa del arrendatario. El incumplimiento sería consecuencia obligada de la máxima que prescribe que nadie está obligado a lo imposible. — 2.—Para eximir de responsabilidad al arrendatario no basta que se conozca la causa precisa de un daño, pues se exige algo más: que esa causa esté exenta de culpa. Entonces sí se puede sostener como cuestión incontrovertible que el hecho consecuencial no deriva de una culpa. Cuando la ausencia de culpa tiene por fundamento una causa conocida, precisa, del daño, como el caso fortuito, la fuerza mayor o la causa extraña, se trata de un hecho positivo en cuya demostración, que compete al que lo alega, se descarta la responsabilidad del deudor. Si se comprometió a entregar en determinada fecha un caballo que había vendido y no lo entregó en la oportunidad señalada porque en el predio donde el animal pastaba cayó un rayo y lo mató, le bastará para eximirse de responsabilidad acreditar este acontecimiento, el que por sí mismo excluye la culpa. Pero cuando se conoce la causa precisa del daño y no está exenta de culpa, no procede la exoneración de responsabilidad. En aquel caso tenemos la cualidad fácil de comprobar de un hecho positivo, lo que no acontece en el último evento contemplado. El arrendatario que debe acreditar la ausencia de culpa puede encontrarse en una de estas situaciones: a) o prueba un hecho positivo que originó el daño y le impidió cumplir su obligación, y ese hecho por sí solo excluye la culpa, caso en el cual no se le puede exigir responsabilidad civil, porque el fundamento de ésta, en tesis general, es la culpa; o prueba que tal hecho fue la causa originaria del daño, pero ese hecho no deja en el ánimo de todo el que juzga y discurre normalmente la impresión nítida de que aconteció sin culpa del deudor. Debe entonces el obligado a la prestación incumplida acreditar que el hecho de que se trata acaeció a pesar de sus diligencias y cuidados en la conservación de la cosa arrendada. Si no logra dar esta prueba, resultará fallida la pretensión de que se le declare exento de responsabilidad. — 3.—Con la demanda de reconvención, según Chiovenda, el demandado tiende a obtener la actuación en favor propio de una voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por por el actor, pero independientemente de la desestimación de la demanda del actor. Por tanto, con la reconvención, la relación procesal adquiere un contenido nuevo que habría podido formar objeto de una relación procesal separada. Con la demanda de reconvención se persigue debilitar o frustrar la acción principal. Pero cuando a ella no se han traído pruebas distintas de las provocadas durante la li-

tis-contestatio sobre que versa el negocio principal, el examen de las pruebas de éste influye por igual en el fallo de la demanda y la reconvención.

Corte Suprema de Justicia — Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cuarenta.

(Magistrado ponente: Dr. Juan A. Donado)

El doctor Hernando Nanetti C., en su condición de apoderado sustituto del señor Hernando Martelo, presentó, con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y siete, demanda contra la Nación para que, previos los trámites del juicio ordinario, y con citación del señor Procurador General de la Nación, se la condene a lo siguiente:

"1) A restituírle al señor Hernando Martelo, dentro del término prudencial que fije la H. Corte, en el puerto de Cartagena, conforme al contrato de 26 de septiembre de 1935 que acompaño a esta demanda, la motonave 'Libertad' que dio mi poderdante en arrendamiento al gobierno, según consta en dicho contrato, con todas las máquinas, herramientas, muebles, enseres, etc., que figuran en el inventario firmado el día 1º de octubre del mismo año (que también adjunto), y en las condiciones en que debe restituírsela, según el contrato;

"2º) A pagarle la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) oro legal en que se estima el valor de la referida motonave, o la suma en que se aprecie por peritos, si la Nación no se la restituye a mi poderdante dentro del término que señale la sentencia y en las condiciones en que debe restituírsela, conforme al contrato; y

"3º) A pagarle el valor de la renta estipulada correspondiente a los meses de mayo y junio de 1936, y a los meses siguientes hasta el día del pago o de la entrega de la motonave, según el caso, a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) mensuales, de acuerdo con el contrato, y los perjuicios provenientes de la falta de entrega".

Se apoya el libelo en los hechos siguientes:

"1º Con fecha 26 de septiembre de 1935 celebró mi representado, señor Martelo, en Cartagena, con el doctor Diego Martínez Capella, en su carácter de Ingeniero Jefe de la Oficina Fluvial de Cartagena y de representante de la Nación, debidamente autorizado por el Ministerio de Obras Públicas, un contrato en virtud del cual el señor Martelo dio en arrendamiento a la Nación la motonave 'Libertad' que había comprado al señor Vicente Martínez R., contrato que debía durar por el término de tres meses, a partir de la fecha de su aprobación, durante los cuales la Nación debía pagarle al arrendador a razón de doscientos cincuenta pesos mensuales.

"2º) El referido contrato fue aprobado por el Gobierno Nacional, así: 'Ministerio de Obras Públicas.—Sección Sexta.—Dirección General de Navegación.—Bogotá, octubre 17 de 1935.—Aprobado.—El Ministro, César García Alvarez.—Nota: La aprobación anterior se refiere al contrato de alquiler de la lancha 'Libertad' con destino a la comisión del Atrato, por el término de tres meses, a razón de doscientos cincuenta pesos mensuales ($ 250.00). República de Colombia.—Poder Ejecutivo. — Bogotá, octubre 31 de 1935.—Aprobado. — Alfonso López.—El Ministro, César García Alvarez.'

"3º) Antes de entregar al representante del Gobierno la motonave 'Libertad', ésta fue cuidadosamente examinada, en viaje de prueba a lo largo de la bahía de Cartagena, por el señor Aníbal del Castillo, Técnico Oficial de la Oficina Fluvial de dicha ciudad, quien, en la diligencia respectiva, dejó constancia del buen estado en que se hallaba la nave.

"4º) En vista del resultado del examen e inspección a que se refiere el punto anterior, el señor Martelo entregó la moto-

nave 'Libertad' a la Comisión de Estudios del Río Atrato, el 1º de octubre de 1935, mediante inventario riguroso firmado en esa fecha por el señor Habilitado de la Comisión, Elías Romero Plaza, quien declaró en la diligencia referida que recibía la motonave 'Libertad' a su entera satisfacción.

"5º) La citada Comisión de Estudios del Río Atrato se embarcó en la motonave 'Libertad' con rumbo a las bocas del río nombrado, con tripulación que ella pagaba.

"6º) Vencidos los tres meses fijados para la duración del contrato, el Gobierno, quien le había pagado al señor Martelo los arriendos correspondientes a ese lapso, o sea a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1935, retuvo la motonave en su poder y prorrogó el contrato por los meses de enero, febrero y marzo de 1936.

"7º) El Gobierno le pagó igualmente al señor Martelo el arriendo relativo a los tres meses de la prórroga mencionada, o sea los de enero, febrero y marzo de 1936.

"8º) Con fecha 31 de marzo de 1936 se pactó entre las partes una nueva prórroga de tres meses, o sea los de abril, mayo y junio de 1936, prórroga que fue aprobada por el Ministerio de Obras Públicas con fecha 30 de abril de dicho año.

"9º) A pesar de estar vencido con exceso el término de la nueva prórroga de que trata el punto anterior, el Gobierno no le ha pagado al señor Martelo sino la cuota correspondiente al mes de abril de 1936, le quedó a deber las correspondientes a los meses de mayo y junio de dicho año.

"10º) En vista de que el Gobierno no le pagó las dichas cuotas de los meses de mayo y junio de 1936, el señor Martelo lo requirió repetidas veces para que lo hiciera, sin obtener resultado alguno; y posteriormente se dirigió por telégrafo a los funcionarios correspondientes en el mismo sentido, sin conseguir que éstos atendieran su justo reclamo.

"11º Con fecha 30 de julio de 1936 el señor Martelo se dirigió por escrito al señor Presidente del Tribunal de Cartagena para que requiriera al doctor Diego Martínez Capella, Ingeniero Jefe de la Oficina Fluvial de esa ciudad, funcionario que firmó el contrato a que se refiere esta demanda, en nombre de la Nación, para que devolviera la motonave 'Libertad' por estar vencidos el término del contrato y el de la prórroga del mismo, acordada entre el Gobierno Nacional y mi representado; y el doctor Diego Martínez Capella contestó al requerimiento que la motonave en cuestión estaba, desde que Martelo la dio en alquiler, a cargo de la Comisión de Ingenieros que estudiaba la canalización de las bocas del río Atrato, con residencia en Turbo, razón por la cual él no estaba en capacidad de devolverla.

"12º) El Gobierno Nacional está en mora de pagarle a mi representado las dos mensualidades correspondientes a los meses de mayo y junio de 1936, y en mora de devolverle la motonave que Martelo le dio en arrendamiento, y

"13º) Conforme a la cláusula quinta del contrato el Gobierno debe devolverle a mi representado la motonave 'Libertad' en el puerto de Cartagena y en el sitio destinado al atraque de las unidades fluviales".

Como disposiciones que fundamentan el derecho fueron citados los artículos 1973, 1974, 1997, 1999, 2005, 2008, or. 2º, 2012, 2014, incisos 1º y 2º, 2347 y demás concordantes del Código Civil, y el artículo 40 del Código Judicial.

El representante de la Nación contestó la demanda de que se trata, aceptando los hechos 1º, 2º y 7º, y el 9º en parte; manifestando no constarle estos: 3º, 4º, 5º, 8º, 10º y 11º, negando el 6º, el 12º y el 13º. Sobre este último dice: "No es cierto, pues aunque en la cláusula 5ª se estipuló que 'Terminado el contrato el Gobierno devolverá la lancha a Martelo en el puerto de Cartagena en el sitio destinado al atraque de las unidades fluviales', es obvio que tal obligación pesaba sobre el Estado en el caso de una terminación normal del contrato, lo que no ocurre en el caso presente, por haberse deteriorado y

destruído casi la nave arrendada por la mala calidad de ella y por los vicios ocultos que la devoraban, los cuales eran conocidos del arrendador".

Terminó negando el derecho en que se apoya la demanda, y oponiéndose a las peticiones de la misma.

Posteriormente el señor Procurador presentó demanda de mutua petición a fin de que, mediante los trámites de regla, y con citación y asistencia del señor Martelo, la Corte, Sala Civil de Unica Instancia, haga las siguientes declaraciones:

"a) Rescindido o en subsidio, terminado el contrato de arriendo de que trata este escrito desde el día 17 de enero de 1936 en que dejó de prestar servicio.

"b) Que el arrendador señor Hernando Martelo es responsable de las averías que sufrió el bien arrendado.

"c) Que el señor Hernando Martelo infringió el contrato de arriendo por no haber cumplido con la obligación de asegurar la motonave 'Libertad' contra el riesgo de pérdida total, por no haberla mantenido en estado de servir al fin para que fue arrendada, y por no haber declarado los vicios que la afectaban.

"d) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores el señor Hernando Martelo está obligado a pagar al Estado de Colombia el valor de todos los perjuicios que éste sufrió, según el avalúo pericial que se haga en este juicio o en otro distinto.

"e) Que el Estado de Colombia no está obligado a restituír al señor Hernando Martelo la motonave 'Libertad' en los términos estipulados en el contrato, quedando éste con derecho a tomarla en el lugar en donde se encuentra".

Apóyase este libelo en los hechos que en seguida se copian:

"Primero.—El doctor Diego Martínez Capella, en su calidad de Ingeniero Jefe de la Oficina Fluvial de Cartagena, debidamente autorizado por el Ministerio de Obras Públicas, celebró el 26 de septiembre de 1935 un contrato con el señor Hernando Martelo, en virtud del cual éste le arrendó por el término de tres meses prorrogables por períodos de tres meses a voluntad de los contratantes, contados desde el 17 de octubre del mismo año, una lancha o motonave denominada 'Libertad'.

"Segundo. — El referido contrato fue aprobado por el Gobierno Nacional y empezó a regir el 31 de octubre de 1935.

"Tercero. — El arrendador se obligó a asegurar la lancha o motonave 'Libertad' contra el riesgo de pérdida total, pero no cumplió con esa obligación.

"Cuarto—La lancha o motonave arrendada tenía vicios redhibitorios que la inhabilitaban para servir al fin para que fue tomada en arriendo.

"Quinto—La misma nave empezó a dejar de prestar sus servicios el 17 de enero de 1936, a pesar de lo cual la Nación continuó pagando el precio del arriendo estipulado hasta el mes de marzo del mismo año inclusive.

"Sexto—La motonave 'Libertad', antes de ser recibida por los empleados del Gobierno, fue examinada por el señor Aníbal Castillo, quien, para rendir su informe, se fundó en la creencia errónea de que la motonave sólo sería usada por el Gobierno durante tres meses y que estaba destinada a prestar sus servicios únicamente en agua dulce.

"Séptimo.—El arrendador de la expresada motonave 'Libertad', señor Hernando Martelo, no hizo advertencia alguna a los comisionados del Gobierno sobre los vicios ocultos que la afectaban y sobre la circunstancia de que sólo podía prestar un servicio temporal muy corto, porque sus defectos de construcción, su mal estado y otros vicios impedían la prestación normal del uso a que estaba destinada.

"Octavo—Como consecuencia del hecho anterior, dicha lancha sufrió en los pocos meses en que estuvo al servicio del Gobierno, tan graves averías que equivalen a su pérdida total, pues las reparaciones que requiere resultarían más costosas que el valor de ese mueble inútil, que sólo prestó servicios hasta el 17 de enero de 1936.

"Noveno.—Ninguno de los Agentes del Gobierno tuvo la menor culpa sobre las averías sufridas por la motonave 'Libertad', y por lo tanto a ninguno de ellos podría ni puede imputársele responsabilidad alguna, ni menos al Estado.

"Décimo.—La Nación sufrió considerables perjuicios con las averías de la motonave 'Libertad' pues además de no haberla podido emplear para los fines a que estaba destinada y para los cuales fue tomada en arrendamiento, tuvo que hacer fuertes erogaciones en el salvamento de ella.

"Undécimo.—El señor Diego Martínez Capella fue comisionado por el Gobierno para contratar la motonave 'Libertad', pero una vez perfeccionado el contrato el señor Martínez Capella dejó de ser representante del Gobierno para los demás efectos del contrato".

El personero del demandante principal contestó esa demanda conviniendo en los hechos 1º, 2º y 6º (en parte); negando el 3º en la forma en que está redactado, el 4º, el 5º, el 8º, el 9º y el 10. Dijo no constarle el 11, y en cuanto al 7º, se expresó así: "Si como he dicho, no es cierto que la motonave Libertad tuviera los vicios redhibitorios que se pretende, no tenía por qué hacer el señor Martelo advertencia alguna al respecto".

Agotada la tramitación correspondiente sin que se observe ninguna causal de nulidad, procede decidir lo que sea de justicia.

Demanda principal

Primera petición.—Está enderezada a obtener la devolución de la cosa arrendada. Fúndase en el artículo 2,005 del C. C. que en su primer inciso reza: "El arrendatario es obligado a restituír la cosa al fin del arrendamiento". Para la procedencia de esta petición se necesita, desde luego, que la cosa arrendada exista, porque si se ha destruído o perecido hay imposibilidad de cumplir la obligación, y por tanto, otro será el derecho del arrendador, si, por otra parte, ese estado de cosas se debe a culpa del arrendatario. El incumplimiento sería consecuencia obligada de la máxima que prescribe que nadie está obligado a lo imposible. En el caso de autos está plenamente demostrado que la lancha "Libertad" se hundió en la bahía de Turbo; lo que equivale a la pérdida total de esa embarcación. En efecto, del informe oficial rendido por el Jefe de la Comisión de Estudios del Río Atrato, es lo que en seguida se copia: "La lancha 'Libertad' se hundió a consecuencia del deterioro natural por no estar cubierto el casco hasta la línea de flotación o por no haber sido pintada periódicamente (folio 20 del cuaderno número 3, pruebas de la parte demandada).

Del testimonio del señor Carlos Torres T., aducido por el actor, resulta que la lancha de que se trata "estuvo siempre anclada en la bahía de Turbo o en las bocas del río Atrato, desde el mes de octubre de mil novecientos treinta y cinco encontrándose en la actualidad hundida en la bahía de Turbo (cuaderno número 4).

También da cuenta del hundimiento el testigo señor Blas Cuadro, cuyo testimonio puede verse en el folio 93 del mismo la bahía de Turbo" (cuaderno número 4).

El propio apoderado del actor, en su alegato de bien probado, reconoce la total destrucción de la lancha. Y en ella conviene también el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien sobre el particular, se expresa así: "Es un hecho plenamente acreditado a lo largo del proceso que la motonave 'Libertad' sufrió la destrucción total de su casco de madera, desprovisto como estaba de forro metálico y capa de barniz, y a consecuencia de esa destrucción se hundió el barco en la bahía de Turbo".

Hay, pues, completo acuerdo entre las partes sobre la total destrucción de la lancha.

Ahora bien, este evento lo contempla el artículo 1731 del C. C. que reza: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de éste

subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Sin embargo, si el deudor está en mora, y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito, que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo, en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa, y los perjuicios de la mora". La obligación de entregar la cosa a la expiración del contrato se transforma, pues, en casos como el presente, en la de pagar esa misma cosa y los perjuicios que se hayan ocasionado, si se demuestra que pereció por culpa o durante la mora del deudor. De lo expuesto se deduce que no puede prosperar la primera petición de la demanda.

Segunda petición.—Se encamina, si ha de tomarse en su tenor literal, a obtener que se pague al actor la suma de veinticinco mil pesos oro legal en que se estima el valor de la motonave "Libertad", o la suma en que se aprecie por peritos, si la Nación no la restituye dentro del término que señale la sentencia.

El señor Procurador Delegado en lo Civil estima que "contra lo que a primera vista pudiera creerse, tales peticiones (la primera y la segunda), no fueron hechas en forma subsidiaria, sino de manera acumulativa y consecuencial. Considera el señor representante del Ministerio Público que para pronunciar la condena pedida en segundo término, es de todo punto indispensable que se condene a la restitución pedida en el numeral primero. Y concluye de ahí que si se niega la primera petición, "consecuencialmente deberá negarse la segunda, toda vez que quedaría desprovista de base en el fallo".

Evidentemente la acción para que la cosa se restituya y la que se enderece a obtener el pago de ella, no pueden acumularse como acciones principales, por incompatibles, pero la última si puede presentarse como condicional o subsidiaria, es decir, para el caso de que no prospere la primera. Ese procedimiento a más de conformarse con la técnica procesal, está autorizado por el numeral 3º del artículo 209 del C. J. Ahora, si en el presente caso la parte demandada consideró que eran inacumulables las acciones propuestas, expedito le quedaba el camino que, mediante la excepción competente, conduce a mejorar el procedimiento. Si no lo aprovechó, implícitamente convino en que la segunda petición sí tiene el carácter de condicional o subsidiaria, y así debe interpretarlo el juzgador, a fin de que este fallo se conforme al artículo 472 del C. J. que no permite el sacrificio del derecho a las fórmulas.

Para saber si es el caso de acceder a la segunda petición de la demanda, aceptado como está que tiene la categoría de subsidiaria, precisa examinar, en primer término, si el actor cumplió la obligación que se impuso en la cláusula 4ª del contrato de entregar la motonave "Libertad" en buen estado. Habrá que precisar luégo la época en que pereció la embarcación; si el arrendatario empleó en la conservación de la lancha el cuidado de un buen padre de familia a que estaba obligado conforme al artículo 1997 del C. C., y por último, si la cosa arrendada se perdió por fuerza mayor liberatoria o por causa extraña no imputable a negligencia del arrendatario.

— I —

En que condiciones fue entregada la motonave "Libertad"

Para saberlo, basta examinar las siguientes probanzas:

a) Copia del oficio número 109 de 12 de septiembre de 1935, del señor Aníbal Castillo, dirigido, en su calidad de ingeniero de clasificación, a la oficina fluvial de Cartagena. En ese documento se lee lo que sigue: "El día seis del corriente mes llevé a cabo una inspección general técnica a la lancha 'Libertad' y después de

terminada llegué a la conclusión de que a las reparaciones generales efectuadas solamente le resta una mano de pintura completa en todas sus partes y servicios. Examinado el libro respectivo o diario de navegación de la misma, no se encontró más detalles de accidentes desde que se encuentra en servicio, que el de habérsele roto el eje de la hélice, pieza que ha sido reemplazada por una nueva muy buena. Ayer, de cinco p. m. a siete p. m. sometí la lancha a un viaje de prueba en la bahía para controlarla prácticamente y en general su funcionamiento es bueno. Tan sólo tuvimos una demora de media hora mientras se reajustaron algunas piezas de los reguladores de marcha, quedando de nuevo todo bien. Concluyo que la lancha está en buenas condiciones de servicio y que al tomarla el Gobierno para su uso es necesario incluírle todos sus equipos actuales y proveerla de los que le falten y como punto importante dotarla de operarios muy duchos en el manejo de esta clase de motores". (folio 62, cuad. de pruebas del actor).

b) Testimonio del señor Gonzalo Arbeláez, aducido por la parte actora. Dicho señor expresa lo siguiente: (folio 21 ibídem) "Que en mi carácter de técnico oficial de la oficina fluvial de Cartagena y de Inspector técnico de Clasificación de Barcos, antes de que ocupara este cargo el señor Aníbal del Castillo efectué varios reconocimientos de la motonave 'Libertad' que dio en arrendamiento al Gobierno Nacional el señor Hernando Martelo, cuando dicha embarcación estaba en tierra en el lugar llamado Troja y por tales reconocimientos me consta de manera personal y directa que la mencionada embarcación se encontraba en perfecto estado de servicio, sin ofrecer peligro ninguno para la navegación, por su situación satisfactoria".

c) Inventario de la lancha "Libertad", practicado el 1º de octubre de mil novecientos treinta y cinco, firmado por el señor E. Romero, habilitado de la comisión de estudios del río Atrato. Allí se dice que los objetos enlistados lo mismo que la lancha de que se trata, fueron recibidos a entera satisfacción.

ch) Testimonio del señor Aníbal Castillo, quien al ser llamado para que se ratificara en la declaración que había rendido ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena, con fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y seis, dijo: "Que sí es cierto que el exponente desempeñaba desde antes del mes de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, las funciones de técnico oficial de la oficina fluvial de esta ciudad; que sí es cierto que en desempeño de sus funciones oficiales, y por orden superior, examinó cuidadosamente, en septiembre de mil novecientos treinta y cinco, la motonave 'Libertad' que quien le interroga iba a dar en arriendo al Gobierno Nacional, con destino a la comisión oficial que debía ir a estudiar las bocas del río Atrato; que sí es cierto que el declarante en desempeño de su cargo, no se limitó solamente a examinar la maquinaria y el casco de la motonave 'Libertad', sino que hizo un viaje de prueba en ella, en la bahía de esta ciudad, en corto trayecto, y las observaciones sobre parada de las máquinas, por alguna deficiencia están en el informe respectivo que el declarante rindió al Gobierno; que sí es cierto que momentáneamente el exponente quedó satisfecho del estado de la motonave 'Libertad' después de haberla examinado y haber realizado el viaje de prueba mencionado, pero desde el punto de vista objetivo de la negociación con el Gobierno, durante tres meses de arrendamiento y de la obligación de los arrendatarios de verificar las diligencias de aseguro por cuenta, como consta en el contrato y en los informes que sobre el particular fueron rendidos y que reposan en la oficina fluvial de esta ciudad".

d) Testimonio del señor Blas Cuadros, quien expuso que como ingeniero de la motonave "Libertad" le consta por percepción directa el buen estado y situación satisfactoria de la nave cuando fue en-

tregada por el señor Martelo al Gobierno en septiembre de 1935; que el declarante como ingeniero no habría convenido en que se tomara la nave para el fin que fue contratada si se hubiera encontrado en situación deficiente o tuviera el casco en malas condiciones.

Sin lugar a la menor duda se desprende de las anteriores probanzas que el arrendador señor Hernando Martelo cumplió a cabalidad la obligación que se impuso de entregar en buen estado de servicio la cosa materia del arrendamiento. Hay una razón más para creerlo así: la prórroga que se hizo del contrato de arrendamiento.

— II —

En qué época pereció la embarcación

Se desprende de los siguientes elementos de convicción: a) Informe de la comisión de estudios del río Atrato (cuaderno número 3, folios 18 a 21). Lo firma el ingeniero Gustavo Ortega R., y está dirigido, con fecha 2 de junio de 1936, al Inspector Técnico Visitador de Cartagena. Allí se lee: "La lancha estuvo en agua dulce hasta el veintitrés de diciembre. Anoto que el 17 de enero de este año fue necesario iniciar el achique continuo hundiéndose la lancha definitivamente el 11 de febrero. Es imposible que en el transcurso de veinticinco días de estar anclada haya llegado a ese deplorable estado sin que contuviera desde mucho antes el origen del mal que es la 'Broma'. En veinticinco días repito, que permaneció fuera del agua dulce, no podía llegar a ese estado a no ser que el casco estuviera completamente podrido. Es importante anotar que en la bahía de Cartagena también hay 'Broma' y que con anterioridad esta misma lancha se hundió allá a consecuencia del mismo mal provocado por la 'Broma'. Esa información la he obtenido de fuentes serias y puede usted comprobarlas allá mismo. Sucedió esto cuando aún no había sido montado el motor y antes de ser socio el señor Rodrigo Uribe Lemos.

"En el casco se hallaron varias piezas de cedro, madera inadecuada para los servicios que debía prestar la lancha por su poca resistencia para la acción del agua y la 'Broma'.

"Por último para que una embarcación de casco de madera, sin recubrimiento de cobre hasta su línea de flotación, pueda resistir en buenas condiciones, aun viajando continuamente, es necesario sacarla cada dos meses a troja, aproximadamente, y pintarla como debe usted saberlo muy bien. Y si los propietarios aventuraron a que se utilizara en un sitio en que no podía llenarse esa formalidad tienen mucha responsabilidad al no haber exigido esa condición y, omitiéndola, aceptaron de hecho las consecuencias que tado periódicamente.

"Resumen: la lancha 'Libertad' se hundió a consecuencia del deterioro natural por no estar recubierto el casco hasta su línea de flotación o por no haber sido pintada periódicamente".

b) Acta oficial protocolizada por instrumento número 590 de 3 de noviembre de 1936, de la Notaría de Cartagena. Allí se lee:

"El diez y siete de enero de mil novecientos treinta y seis se empezó a notar el paso de agua en las bodegas ocurrido por las perforaciones ocasionadas por la polilla 'ajonjolí' comúnmente llamada 'broma"; inmediatamente el encargado de la comisión señor ingeniero Primitivo Díaz C., procedió a hacer un reconocimiento minucioso del casco asesorado por el personal de obreros de la Comisión entre quienes estaban Rafael Pérez R., Tomás Caballero, Jorge Luis Vargas, Bartolo Castillo, Blas Cuadros y otros, sacando en conclusión que el casco de la embarcación presentaba en una zona lateral de tres metros con sesenta centímetros por ochenta centímetros, cuatrocientas sesenta perforaciones en grupos de diez a treinta; procedieron luégo a achicar la lancha día y noche, así como a localizar

y tapar las entradas de agua con cemento, estopa y cuñas de madera, organizando para estos trabajos rigurosa guardia según consta en oficio número 45 y cuadro adjunto que reposan en la sección de navegación de Barranquilla. En esta labor continuaron hasta el día once de febrero del presente año en que se sentó definitivamente en el lugar en que hoy se encuentra".

De las piezas transcritas resulta que la nave se perdió definitivamente el 11 de febrero de 1936, es decir, durante la prórroga del contrato, prórroga que vencía en marzo de 1936, según está acreditado en los autos, y que con posterioridad a la fecha de la pérdida se realizaron operaciones de salvamento que no dieron resultados satisfactorios.

— III —

Durante el goce de la cosa arrendada empleó el arrendatario el cuidado de un buen padre de familia?

Esta la parte medular de la contienda planteada ante la justicia con motivo de la pérdida de la lancha "Libertad". Se ha demostrado que el arrendador cumplió la obligación de entregar la lancha en buen estado de servicio y que la pérdida de la nave ocurrió durante la vigencia del contrato. Ahora, entre las obligaciones del arrendatario está la de restituír la cosa arrendada a la expiración del arrendamiento. Corolario de esta obligación es la de velar por la conservación de dicha cosa en los términos del artículo 1997, inciso 1º, del C. C. Si a esta última obligación falta el arrendatario, tendrá la responsabilidad de la pérdida de la cosa, responsabilidad que se origina de la presunción de culpa establecida en contra del deudor por el artículo 1,730, ibídem, y también de la misma presunción consagrada en el último inciso del artículo 2,005, ibídem.

Para descartarse de tal responsabilidad debe el arrendatario comprobar que la pérdida de la cosa se debe a caso fortuito, fuerza mayor o causa extraña a la voluntad del deudor, o que no fue por culpa de su familia, huéspedes y dependientes o por no haberse puesto la diligencia y cuidado propios de un buen padre de familia, en la conservación de la cosa arrendada. En otras palabras, el arrendatario podrá descargarse de la presunción de culpa que sobre él pesa, si logra establecer en el proceso que la pérdida de la cosa arrendada se debe a causa que le es completamente ajena, a causa inevitable.

Es un hecho plenamente establecido en los autos que la causa generadora de la pérdida de la lancha 'Libertad' fue la acción destructora en alto grado del gusanillo marino llamado "Broma", del cual está plagado el sitio en donde se mantuvo anclada la nave.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, con el propósito de ilustrar el caso controvertido y de echar la carga de la prueba al arrendador, copia en su jugosa vista varios párrafos del fallo proferido por la Corte, Sala de Casación Civil, en el pleito seguido por Antonio Faillace contra la sociedad de comercio "A. Held", con motivo del incendio de un edificio de propiedad de aquél.

Hecha la transcripción que considera favorable a su pretensión, el señor Procurador se expresa de esta manera: "De conformidad con esta doctrina, si la causa generadora del daño es conocida; si esa causa no envuelve en sí misma la culpa del deudor; si es obra de la naturaleza, extraña a las actividades de aquél, queda destruída, con la prueba de ese solo hecho, la presunción de culpa. Salvo que el hecho haya ocurrido durante la mora del deudor o se pruebe que sobrevino por su culpa. Pero en este último caso a quién corresponde la carga de la prueba? La respuesta es clara: a quien pretende destruír la situación jurídica favorable al deudor que probó la causa extraña destructora del cuerpo cierto que debe".

La Sala considera:

En el fallo aludido, uno de los más im-

portantes que ha dictado la Corte, se estudia la diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito, y se hacen apreciaciones "sobre el criterio que debe adoptarse para distinguir los casos en que basta la primera de las expresadas pruebas de aquéllos en que es necesaria la segunda".

En ese fallo se acoge la moderna división de las obligaciones en obligaciones determinadas, precisas o de resultado, y obligaciones generales de prudencia y diligencia, que también se llaman "de medios", y se llega a la conclusión de que lo que es necesario probar siempre es la ausencia de culpa, pues en el caso de que se alegue caso fortuito o fuerza mayor, lo que habrá que probar, en el fondo, es la existencia de acontecimientos inevitables que se caracterizan por la ausencia de culpa.

Veamos lo que dijo la Sala de Casación Civil:

"Un rigor más o menos grande he ahí, en efecto, frente a aquel a quien incumbe la carga de destruír la presunción, lo que distingue la prueba de la ausencia de culpa y la del caso fortuito o fuerza mayor; tal es el aspecto práctico de la cuestión. Si se investiga la diferencia de naturaleza que a él corresponda, aparecerá que bajo cierto punto de vista el caso fortuito o la fuerza mayor debe ser algo más que la ausencia de culpa y que tal punto de vista es el del distinto valor de la prueba. La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso abrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado.

Cuando se trata de la ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque, cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se pueda hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza. Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a la duda un cierto campo; demostrar que tales o cuales culpas no han sido cometidas no prueba que tal otra, en la que no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, por paradógico que ello parezca, la prueba llamada de la ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta; imperfecta, porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta, pues sin precisar la causa del daño, tiende a certificar por eliminación que no es una culpa.

Al contrario, cuando el demandado puede precisar el hecho generador, la prueba es perfecta. Nada más fácil que constatar su existencia y asegurarse que él estaba exento de culpa; pues entonces la ausencia de culpa de que se trata está concentrada en un radio estrecho, fácil de explorar, y no tiene que ser analizada bajo formas infinitas e inasibles, a través de toda la conducta del individuo; por otra parte, existen multitud de acontecimientos cuya sola existencia parece por sí misma excluír la culpa. En este caso, no da ya lugar para la duda; cuando se conoce la causa precisa de un daño y se la sabe exenta de culpa, es incontestable que el hecho cuya consecuencia es, no deriva de una culpa. Lo que está demostrado es aun la ausencia de culpa, pero con esta particularidad, que ella lo está con certeza, porque constituye la cualidad, fácil de constatar, de un hecho

positivo directamente probado. Ahora, bien, sabemos cómo se llaman los acontecimientos así calificados por la ausencia de culpa: casos fortuitos o fuerza mayor. Llegamos, en suma, a esta conclusión: que, en todos los casos es únicamente la ausencia de culpa lo que se trata de probar, para aportar la responsabilidad, y no podría ser de otra manera en una legislación que funda la responsabilidad, contractual o delictual, en la culpa. No hay dos pruebas para llegar a ella; pero el objeto único a demostrar es susceptible de dos modos de prueba desiguales en valor como en dificultad; el uno negativo, indirecto, que sólo proporciona una probabilidad, por poderosa que ella sea; el otro positivo, el cual facilita una certidumbre".

Conforme a la teoría de la Sala de Casación Civil no basta para eximir de responsabilidad al arrendatario que se conozca la causa precisa de un daño; exige algo más: que a esa causa se la sepa exenta de culpa. Entonces sí se puede sostener como cuestión incontrovertible que el hecho consecuencial no deriva de una culpa.

Cuando la ausencia de culpa tiene por fundamento una causa conocida, precisa, del daño, como el caso fortuito, la fuerza mayor o la causa extraña, se trata de un hecho positivo con cuya demostración, que compete al que lo alega, se descarta la responsabilidad del deudor. Si X se comprometió a entregar en determinada fecha un caballo que había vendido, y no lo entrega en la oportunidad señalada, porque en el predio donde el animal apastaba cayó un rayo y lo mató, le bastará para eximirse de responsabilidad acreditar este acontecimiento, el que por sí mismo excluye la culpa. Pero cuando se conoce la causa precisa del daño, como en el presente caso, y no se la sabe exenta de culpa, no procede la exoneración de responsabilidad. En aquel caso tenemos la cualidad fácil de constatar de un hecho positivo, lo que no acontece en el último evento contemplado.

El arrendatario que debe acreditar la ausencia de culpa puede encontrarse en una de estas situaciones: a) O prueba un hecho positivo que originó el daño y le impidió cumplir su obligación y ese hecho por sí solo excluye la culpa, como si en el caso de autos se hubiese demostrado que la pérdida de la nave fue originada por un ciclón. En esta hipótesis no se le puede exigir al arrendatario responsabilidad civil, porque el fundamento de ésta, en tesis general, es la culpa. b) O prueba que tal hecho fue la causa originaria del daño, pero ese hecho no deja en el ánimo de todo el que juzga y discurre normalmente la impresión nítida de que aconteció sin culpa del deudor. Debe entonces el obligado a la prestación incumplida acreditar que el hecho de que se trata acaeció a pesar de sus diligencias y cuidados en la conservación de la cosa arrendada. Si no logra dar esta prueba, resultará fallida la pretensión de que se le declare exento de responsabilidad.

Concretándonos al caso del litigio: se ha dado la prueba de que el ataque de la "broma" a la motonave "Libertad", fue lo que originó el hundimiento o pérdida de ésta. Verdad que ese ataque es un fenómeno procedente de la naturaleza, pero no tiene las características del caso fortuito o de la fuerza mayor, ya que no es ni imprevisible ni irresistible. Pudo evitarse si se hubiese procedido con la diligencia y cuidado que los hombres suelen tener en sus negocios. Si, por ejemplo, se hubiese atendido la recomendación hecha por el dueño de la nave al Jefe de la Comisión de Ingenieros, de hacerla entrar al río Atrato para salvarla de la "broma" del mar. Aunque se trata, pues, de una causa conocida, con su demostración no se descarga la responsabilidad del arrendatario, por no ser esa causa de las que se saben exentas de culpa. En el presente caso pudo preveerse la posibilidad, y más que la posibilidad, la probabilidad de que, anclada la nave, durante varios días, es más, abandonada, según declaran los testigos Blas Cuadros y Rafael Pérez,

en un lugar en donde abunda la "broma", fuese atacada por el destructor gusanillo. Es, además, inexplicable que habiendo mediado un lapso de alguna consideración entre el principio del daño y el completo hundimiento del barco, no se hubiese puesto el hecho en conocimiento del propietario de la nave, quien no solamente se mantuvo en completa ignorancia de lo que ocurría, sino que tenía fundamento para pensar que todo marchaba normalmente, puesto que el contrato fue prorrogado. Además, hay otras pruebas de la negligencia con que procedió el arrendatario. Entre los documentos traídos por la parte demandada, procedente del Ministerio de Obras Públicas, se encuentra una información general sobre la lancha "Libertad", suscrita por el ingeniero Alfonso Mantilla M. Allí se lee: ".....En oficio número 1444 de 4 de junio de 1936 y en oficio número 31489 de junio 10 del mismo año, la Superintendencia General de Navegación autorizó al suscrito para llevar a cabo un arreglo con los propietarios de la lancha 'Libertad' o emprender las labores necesarias para devolver a ellos dicha unidad. En desarrollo de la comisión anterior se hizo una visita a la lancha varada en la bahía de Turbo con el objeto de presupuestar las labores de salvamento y reparación para entregarla a sus propietarios de acuerdo con la cláusula quinta (5ª) del contrato. Por otra parte se estudió el estado de la embarcación para efectuar un avalúo aproximado de la misma. Se llegó a las conclusiones siguientes: 1ª La lancha 'Libertad' fue llevada a prestar un servicio en un lugar y en unas condiciones que no eran suficientes para poderla conservar. 2ª En la inspección que se le hizo para recibirla y según la cual se declaró el buen estado no se tuvieron en cuenta, ni la calidad de la madera de su casco ni la falta de recubrimiento de cobre del mismo, ni el mal estado y funcionamiento del motor de propulsión, cosas todas estas que debían ser anotadas por los que recibían la lancha y no por sus propietarios. 3ª No se obró con suficiente rapidez al notar el mal estado del casco para enviar la unidad a Cartagena a fin de evitar los efectos de la 'broma' que se han tenido posteriormente. Esa falta de rapidez se debió a que las filtraciones debidas a la horadación de la madera sólo se notan cuando ésta se halla totalmente carcomida al exterior. 4ª Para confeccionar la protesta correspondiente de pérdida total no hubo hasta el momento tripulación a bordo. 5ª Los propietarios en nota de fecha 13 de febrero de 1936 avisan a la oficina fluvial de Cartagena que han sabido del mal estado en que se encuentra la lancha por falta de conservación y le piden que sea trasladada a Cartagena con el fin de repararla de acuerdo con el art. 4º del contrato. Hacen hincapié en que este traslado sea inmediato haciendo ver que de lo contrario en un plazo de veinte días se perderá totalmente la lancha a causa de la carcoma. Por otra parte los ingenieros encargados de la comisión de estudios del río Atrato fueron anunciando periódicamente el aumento de las averías producidas en el casco pero sin que se llevara a cabo maniobra alguna para repararlo definitivamente. Sobre el particular se puede consultar a gran número de comunicaciones enviadas de Turbo a la Superintendencia y a la Dirección General de Navegación".

También es muy importante para el punto en examen (la negligencia del arrendatario), la exposición de los peritos José María Morales y Johnny Rodgers, quienes coinciden en que conocían la motonave "Libertad" y en que en su concepto podía permanecer no sólo por tres meses sino por más en el mar, siempre que se le mantuviera navegando y no anclada en la bahía.

Lo anterior lleva a la Sala a la conclusión de que el Gobierno no usó en lo que respecta a la motonave "Libertad" la diligencia y cuidado que le imponía la conservación de la cosa, y de que por lo tanto debe responder por el valor de la embar-

cación como se solicita en la petición segunda.

Sobre la incumbencia de la carga de la prueba, en casos como el presente, es muy importante lo que en seguida se copia tomado de la importante obra "De la prueba en Derecho", del distinguido profesor y ex-magistrado de la Corte doctor Antonio Rocha: "Es el deudor quien debe probar que está libre de culpa o, al contrario, es el acreedor quien debe probar que la inejecución se debe a culpa del deudor? Si no probó el deudor el hecho del pago (prestación de lo debido, sea de dar, sea de hacer), puede todavía eximirse de responsabilidad demostrando que a pesar de su conducta diligente un obstáculo se interpuso y le impidió cumplir. Pero, basta la simple ausencia de culpa, o es que debe probar también que el hecho obstáculo sobrevino sin su culpa? Según los artículos 1605, 1606 y 1607, la obligación de dar contiene la de entregar, la de entregar contiene la de conservarla hasta la entrega; y la de conservarla implica la de emplear en su custodia el debido cuidado. Parece, pues, que con probar ese cuidado se descarga el deudor que no dio a su tiempo la cosa debida. Pero según los artículos 1730 y 1731, siempre que la cosa perece en poder del deudor se presume que ha sido por hecho o culpa suya; mientras subsista esta presunción de culpa, la obligación subsiste pero varía de objeto: debe su precio y perjuicios. Y según el artículo 1733, el deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega, cuando pretende que la cosa se perdió sin su culpa. Consecuencia: tratándose de obligaciones de dar sobre cuerpo cierto, la sola ausencia de culpa no descarga de responsabilidad; es necesario además que el deudor demuestre el caso fortuito y que éste ocurrió sin su culpa".

Al referirse a las obligaciones de resultado, el mismo profesor se expresa así: "Probado por el acreedor el derecho y afirmado (afirmación sin prueba), el incumplimiento, el deudor no se exime de responsabilidad sino demostrando el caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable".

Monto de la indemnización

Como se vio, la segunda petición de la demanda se endereza a que la Nación le pague al actor la suma de $ 25.000.00 en que estima el precio de la motonave "Libertad" o la suma que se precie por peritos.

El dictamen de éstos sobre el valor de la nave, es uniforme pero no está debidamente fundamentado, ya que las bases que tuvieron en cuenta los peritos, no son suficientes en avalúo de la naturaleza del presente, por lo cual la Sala no lo tendrá en cuenta para la determinación del monto de la indemnización. Mas conviene advertir que aun siendo fundamentado el dictamen, no habría lugar a fijar ese monto en la suma que dicen los peritos, por exceder de la que señaló el libelo como precio de la nave, $ 25.000.00. Será, pues, el caso de reconocer en la parte resolutiva de este fallo el derecho del demandante a que se le pague el valor de la nave, el cual se determinará en la oportunidad legal, por medio de peritos que habrán de hacer el avalúo sobre las bases principales que se le dan a continuación, y sobre las demás que los peritos juzguen convenientes para fundar mejor su dictamen.

No se sabe qué tiempo llevaba de servicio la motonave "Libertad" cuando fue tomada por el Gobierno en arrendamiento. Se carece, pues, de base segura para los correspondientes cálculos de desgaste. Pero como entre las pruebas presentadas por el actor figura un contrato sobre la misma motonave celebrado entre Eligio Fuentes R. y Rodrigo Uribe L., por una parte y Enrique Wats y Miguel Hernández F., por otra, con fecha de 5 de octubre de 1933, hay que aceptar que ya desde entonces prestaba servicio la embarcación de que se trata. En el nuevo

peritazgo deberá expresarse: a) Cuál es el valor de un motor nuevo Fairbanks Morce Co. de 100 h. p., cuatro cilindros, y cuál el de un motor de esa misma clase con el desgaste consiguiente a un servicio desde octubre de 1933 hasta febrero de 1936. b) Cuál es el valor de una planta eléctrica nueva de 750 wts. marca Delco Lihgt, y cuál el de una que ha tenido el desgaste consiguiente al servicio por el lapso indicado en el punto anterior. c) El valor del mobiliario de la nave, con la debida especificación, es decir, cuánto valen las camas, cuánto las mesas, etc., teniendo en cuenta el uso por el lapso de que ya se ha hablado. ch) Valor de la obra de mano de la nave "Libertad" tal como se describe en la patente que figura en autos. d) Valor, con la debida especificación, de los materiales empleados en la construcción de una nave como la de que se trata, y el valor de esos mismos materiales teniendo en cuenta el desgaste a que se ha hecho referencia.

Tercera petición.

Está dirigida a obtener el pago del valor de la renta correspondiente a mayo y junio de 1936 y a los meses siguientes hasta el día del pago o de la entrega de la motonave a $ 250.00 mensuales, como también el monto de los perjuicios provenientes de la falta de entrega.

Sea lo primero observar que no está demostrada la segunda prórroga del contrato. Conviene recordar que el representante de la Nación negó los hechos 8º y 9º de la demanda, relacionados con esa prórroga.

Acerca de este asunto, el actor acompañó a su libelo la siguiente comunicación emanada del Ministerio de Obras Públicas: "Jefe: 26 de mayo de 1936.—Señor Hernando Martelo—L. C.—Me permito transcribir a usted el siguiente telegrama que acabo de recibir en esta oficina de la comisión de estudios de las Bocas del Atrato en Turbo. Dice: Turbo, mayo 26 de 1936—Fluvial—Cartagena—Llegó aprobación prórroga contrato lancha; favor avisar Martelo; envíe cuentas.—Servidor, Canalización".

Desde luego se comprende que ese documento, en el que ni siquiera se mencionan los meses de abril, mayo y junio, no puede tenerse como demostración de la prórroga invocada, pues no se desprende de él una prueba completa y directa de la aprobación dada por el Ministerio.

Una razón más para que no prospere la petición en examen: El siniestro de la nave ocurrió, como se vio arriba, durante la primera prórroga, o mejor, durante la única que se hizo. Era, pues, el caso de dar por terminado el contrato de conformidad con el artículo 2008 del C. C. que dice: "El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente por la destrucción total de la cosa arrendada..."

No procede, por tanto, ordenar el pago de la dicha renta en los términos del libelo.

La petición en examen en su última parte sí es procedente, puesto que el arrendatario debe en casos como el presente, no sólo el precio de la cosa, sino también la indemnización correspondiente. Esta indemnización no puede ser otra que el interés legal de la suma en que se fije el precio de la nave, interés que se debe sobre dicha suma a partir de la fecha en que pereció la embarcación. Lo que el demandante recibió por concepto de arrendamientos con posterioridad a esta fecha se imputará a los intereses de que se ha hablado.

Demanda de reconvención.

Con la reconvención —según Chiovenda— "el demandado tiende a obtener la actuación en favor propio de una voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independientemente de la desestimación de la demanda del actor. Por tanto — continúa el mismo tratadista — con la reconvención, la relación procesal adquiere un contenido

nuevo que habría podido formar objeto de una relación procesal separada".

Con la demanda de reconvención se persigue debilitar o frustrar la acción principal. Pero cuando a ella no se han traído pruebas distintas a las provocadas durante la litis-contestatio sobre que versa el negocio principal, el examen de las pruebas de éste influye por igual en el fallo de la demanda y la reconvención.

La demanda de reconvención presentada por el señor Procurador Delegado en lo Civil parte, como ya se vio, del hecho cardinal de que la nave o lancha 'Libertad' materia del contrato de arrendamiento, tenía vicios redhibitorios que la inhabilitaban para servir al fin para que fue tomada en arriendo. Ya en la contestación de la demanda principal se había expresado el mismo concepto en estos términos: "..... lo que no ocurre en el presente caso, por haberse deteriorado y destruído casi la nave arrendada por la mala calidad de ella y por los vicios ocultos que la devoraban, los cuales eran conocidos del arrendador".

Pero es de observarse que sobre el particular ninguna demostración ha dado en este doble pleito la parte a quien incumbía la carga de la prueba, o sea la que afirma la existencia de los vicios ocultos y la mala calidad de la cosa arrendada.

Por el contrario, en los autos, como ya se deja dicho, está plenamente acreditado que el arrendador cumplió satisfactoriamente la obligación que se impuso de entregar en buen estado de servicio la cosa materia del arrendamiento. Y es bien extraño, casi inexplicable que existiendo los vicios ocultos y los defectos de construcción de que habla el señor Procurador, lejos de haberse ejercitado alguno de los derechos que en tales casos otorga la ley al arrendatario, se hubiese corroborado la bondad de la nave para el fin del contrato, con la prórroga que de éste se hizo. Por otra parte, no se dice en qué consisten los vicios ocultos de que adolecía la motonave 'Libertad' ni se especifican los defectos de construcción de la misma. Eran esos vicios ocultos y esos defectos de construcción de tal naturaleza que a pesar del minucioso examen practicado a la embarcación por los agentes del Gobierno, pudieran pasar inadvertidos? Ninguna prueba se ha dado sobre este punto por la parte demandante en reconvención.

A más de la entrega a satisfacción del arrendatario y de la prórroga del contrato (de la que se infiere que la cosa sí prestaba los servicios acordados), está demostrada, según se vio arriba, la responsabilidad de la Nación en la pérdida de la nave 'Libertad', por no haber atendido debidamente a su conservación. Con tales antecedentes, claro está que no puede prosperar la demanda de mutua petición, la que no tiene base en pruebas distintas de las tenidas en cuenta al examinar la demanda principal.

En cuanto a la obligación del seguro de que se habla en el punto c) de la parte petitoria de la demanda de reconvención, la Sala considera:

En la cláusula del contrato de arrendamiento que sirve de fundamento a la petición que se estudia, se dijo: "El pago del seguro será por cuenta de Martelo, pero éste sólo asegurará la lancha contra pérdida total, y la entregará al Gobierno en buen estado, reconocido así por el ingeniero técnico de clasificación de barcos".

No se desprende de la cláusula transcrita que el seguro de la nave fuera una obligación condicional unida a la sustancia del contrato. Y en la mente de los contratantes no debió existir tal idea, por lo que pasa a verse:

Como lo observa el personero de la parte actora, "sabido es que el seguro, por su naturaleza de contrato aleatorio, versa siempre sobre riesgos de accidentes y que riesgo es la eventualidad de todo caso fortuito que pueda acusar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados, y sabido es que también la pérdida del cuerpo cierto, proveniente de accidente, es siempre a cargo del acreedor, salvo

que el deudor se haya comprometido a sufrir o respaldar el caso fortuito, o que éste ocurra dentro de la mora".

Concretándonos al caso del pleito, si la destrucción de la nave hubiese sido fortuita, es decir, sin culpa de las partes, ni de las personas por quienes deben responder, la pérdida la sufriría íntegramente el arrendador, ya que las cosas perecen para su dueño. En este evento, la cláusula del seguro carece de interés para el Estado. Ahora, demostrando que la destrucción fue culpable, por descuido, que con su conducta el arrendatario lesionó un derecho que está obligado a reparar, la cláusula de que se trata también en este caso resulta inocua, como que el hecho del seguro no exoneraría al arrendatario culpable de la obligación de pagar el valor de la cosa, además de los perjuicios. Tratándose de una destrucción culpable la compañía aseguradora no vendría obligada al pago del seguro. El arrendatario negligente tendría, pues, que pagar la cosa destruída. Y razonable que así sea, porque lo contrario iría contra el principio de que nadie debe aprovecharse de su propia culpa.

Conclusión: Como, por lo que se ha visto, aun en la hipótesis de que se hubiera contratado el seguro, el arrendatario culpable de la destrucción de la nave vendría obligado a pagar el valor, resulta, sin lugar a la menor duda, que también por este aspecto la cláusula en estudio es, en lo que respecta a los intereses del Estado completamente inoperante. En realidad de verdad lo que hubiera hecho Martelo al asegurar la nave, habría sido asegurar su propio riesgo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla:

1º Condénase a la Nación a pagar al señor Hernando Martelo el valor de la motonave "Libertad" a que se refiere la parte expositiva de este fallo. Para determinar el precio de dicha motonave, que se hará de acuerdo con el artículo 553 del C. Judicial, los nuevos peritos que hayan de intervenir en el avalúo se ajustarán a las bases establecidas en la parte expositiva de esta providencia.

2º Condénase a la misma Nación a pagar al señor Hernando Martelo los intereses legales de la suma en que se fije, de acuerdo con el punto anterior, el precio de la motonave "Libertad". Dichos interesse se deberán desde el 11 de febrero de 1936, fecha del hundimiento de la nave, hasta que se verifique el pago, y a ellos se imputarán las sumas que el demandante Martelo haya recibido posteriormente a esta fecha por concepto de arrendamientos.

3º Se absuelve al señor Hernando Martelo de los cargos formulados en la demanda de mutua reconvención.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Arturo Tapias Pilonieta — Daniel Anzo'a — Isaías Cepeda — Aníbal Cardoso Gaitán — Juan A. Donado V. — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

INDICE

Págs.

EDITORIAL — HOMICIDIO CONCAUSAL, ULTRAINTENCIONAL Y CULPOSO, por Campo Elías Aguirre 641

SALA PLENA

LEY 146 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1938, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL. — Se decide que solamente es inexequible el parágrafo 1º, art. 1º de la Ley 146 de 1938. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 653

DECRETO NUMERO 1078 DE 1940 ACUSADO EN SU ARTICULO 3º COMO INCONSTITUCIONAL. Se decide que es exequible el art. 3º del Decreto 1078 de 1940 en cuanto comprendió en la rebaja de sueldos establecidos por el Decreto 1048 del mismo año al Presidente y Magistrados del Consejo de Estado y Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 657

ARTICULOS ACUSADOS DE LOS DECRETOS NUMEROS 1343 DE 22 DE JULIO DE 1937, SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE MINAS DE ALUVION DE METALES PRECIOSOS, Y 836 DE 11 DE MAYO DE 1938 SOBRE CENSO DE LA PROPIEDAD MINERA. — RESERVAS SOBRE PROPIEDAD DE MINAS. — INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 24 PRIMERAMENTE CITADO. — Se declara inexequible, por inconstitucional, el artículo 24 del Decreto 1343 del 22 de julio de 1937 y el inciso 2º del artículo 56 del Decreto 836 de 11 de mayo de 1938 en cuanto ordena la suspensión de términos establecidos en el Código de Minas. Magistrado ponente respecto de la acusación contra el artículo 24 del Decreto número 1343 de 1937, doctor Arturo Tapias Pilonieta; y respecto de la acusación contra el Decreto 836 de 1938, doctor Hernán Salamanca 660

SALVAMENTO DE VOTO de los doctores Hernán Salamanca, Ricardo Hinestrosa Daza, Campo Elías Aguirre, Absalón Fernández de Soto, José Miguel Arango e Isaías Cepeda, a la primera parte del fallo anterior 679

SALVAMENTO DE VOTO de los doctores Aníbal Cardoso Gaitán, Juan A. Donado, Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo y Arturo Tapias Pilonieta, a la segunda parte de la sentencia anterior..... 687

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ORDINALES B) Y D) DE LA LEY 54 DE 1939 Y DE LOS ARTICULOS 1º Y 3º DEL DECRETO NUMERO 358 DE 1940.—CLASIFICACION DE LAS VARIAS CLASES DE DECRETOS EMANADOS DEL ORGANO EJECUTIVO DEL PODER PUBLICO.—DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE FACULTADES EXTRAORDINARIAS.- Se decide que son exequibles los ordinales de la Ley 54 de 1939 y los artículos del Decreto extraordinario número 358 de 21 de febrero de 1940, acusados por el doctor Carlos H. Pareja. Magistrado ponente, Dr. Isaías Cepeda 690

ACUSACION POR INCONSTITUCIONALIDAD DE UN INCISO DEL ARTICULO 37 DEL DECRETO EJECUTIVO NUMERO 1270 DE 21 DE JULIO DE 1931. Se decide que no es inexequible la parte acusada del artículo 37 del Decreto 1270 de 1931. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 697

LEY 92 DE 1938 ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 7º, 21, 22 Y 23. Se declaran inconstitucionales los arts. 7º, 21, 22 y 23 de la Ley 92 de 1938 como violatorios de los

Págs.

artículos 50 y 71 del Estatuto. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 701

DECRETO ACUSADO NUMERO 1380 DEL 17 DE JULIO DE 1940, SOBRE EXPEDICION DE PATENTES Y LICENCIAS A LOS TRIPULANTES DE EMBARCACIONES FLUVIALES—Se declara exequible el Decreto número 1380 de 17 de julio de 1940, materia de la acusación. Magistrado ponente, Dr. José Miguel Arango 705

DECRETO EJECUTIVO ACUSADO NUMERO 750 DE 16 DE ABRIL DE 1940, SOBRE QUIEBRAS. — No se decide sobre la exequibilidad de las disposiciones del Decreto sobre quiebras, porque la demanda inicial no plantea el problema en la forma legalmente adecuada a tal fin. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 708

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA.— No se casa la sentencia de fecha 2 de abril de 1940, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el ordinario de Carlos A. Cifuentes contra Antonio Amar, sobre nulidad de un contrato. Magistrado ponente, Dr. Daniel Anzola 711

ACCION DE PERJUICIOS—PRUEBA SUPLETORIA DE DEFUNCIONES OCURRIDAS EN ACCIDENTES. — CONTRATO DE ADHESION, DE NATURALEZA INNOMINADA — RESPONSABILIDAD POR CULPA CONTRACTUAL — CUANDO ES APLICABLE LA TEORIA DE LA COMPENSACION DE CULPAS. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 8 de febrero de 1940, en el ordinario de varios damnificados contra la "Compañía del Puente de Occidente", sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 714

RECLAMACION DE DOMINIO.— SUFICIENCIA DE TITULOS— TECNICA DE CASACION — No se casa la sentencia de fecha 8 de abril de 1940, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Pedro Cantor y Deogracias Mayorga contra José Ramos, sobre dominio de unos derechos y acciones en una sucesión. Magistrado ponente, doctor Daniel Anzola 725

PERJUICIOS—ACCION CIVIL PARA LA REPARACION DE PERJUICIOS—ACCION PENAL—No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, el 10 de abril de 1940, en el ordinario de Víctor Vélez contra el Concejo Municipal de Medellín, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 734

ACCION DE RESTITUCION DE BIENES — MEDIOS NUEVOS EN CASACION — DOCTRINA DEL ARTICULO 606 DEL CODIGO DE COMERCIO. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Santa Marta el día 4 de octubre de 1939, en el ordinario de Rafael Amarís Maya y Luisa Cecilia Amarís de del Castillo contra la "Compañía Colombiana de Electricidad" sobre restitución de una planta eléctrica. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 740

OPOSICION EN JUICIOS SOBRE BIENES VACANTES—QUE SE ENTIENDE POR BIENES VACANTES — APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.— No se casa la sentencia de 30 de noviembre de 1939 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario en que Adolfo Carrizosa pedía la declaración de bien vacante de la casa número 8-38, entre carreras 8ª y 9ª de esta ciudad, a favor del Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 748

ACCION DE SIMULACION DE UNA VENTA CON PACTO DE RETROVENTA — ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE SIMULACION.—No se casa la sentencia de 14 de marzo de 1940 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de José Gabriel Reyes y Juana Rocha

Págs.

de Reyes contra Policarpo A. Sánchez y Hermógenes Lora, sobre simulación de un contrato. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 754

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR UN SUPUESTO CONTRATO DE MANDATO — INTERPRETACION DE LA DEMANDA — Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 10 de mayo de 1940, en el ordinario de Germán Castillo contra Herminia Gálvez v. de Rocha, sobre pago de una suma de pesos por servicios prestados en calidad de mandatario. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 758

ACCIONES EJERCITADAS DE REIVINDICACION Y DE PERJUICIOS — ACCION DE RECOBRO — Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 9 de marzo de 1940, en el ordinario de Arsenia Piedrahita v. de Jaramillo contra Aristóbulo García, sobre reivindicación de la finca rural "El Lembo" y sobre perjuicios. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez..... 764

REIVINDICACION — INCONGRUENCIA — PRESUNCION DE DOMINIO—COSTAS. No se casa la sentencia pronunciada el 31 de mayo de 1940 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el ordinario de Leonardo Tafur Garcés y Jesús Jeremías Ortiz contra Alfonso, Gumersinda y Bárbara Ortiz y Lubín Candelo, sobre posesión de una finca ubicada en la fracción de Buchitolo del Municipio de Candelaria. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 773

ACCION DE NULIDAD DE UNAS ACTUACIONES JUDICIALES Y OTRAS—No se casa la sentencia de 10 de junio de 1940, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de nulidad de una partición y otras acciones, seguido por Hugo Soler, como apoderado de los hijos del primer matrimonio de Lucas Salazar, contra Eudosia Cruz y María Eva Salazar Cruz.

Págs.

Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 780

ACCION DE REPARACION DE PERJUICIOS — RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA— REPRESENTACION DE LOS MUNICIPIOS EN JUICIO — INTERPRETACION DEL ART. 2346 DEL CODIGO CIVIL — PERJUICIOS MORALES. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 20 de abril de 1940, en el ordinario de José Joaquín Landazábal contra el Municipio de Bogotá, sobre responsabilidad civil y pago de perjuicios materiales y morales. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca... 784

REIVINDICACION — NULIDAD ABSOLUTA E INEXISTENCIA. CONTRATO VICIOSO Y CONTRATO NO CELEBRADO — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha 12 de diciembre de 1939, en el ordinario de Rogerio Villamizar Rico contra Anastasio Flórez y Evangelina Flórez v. de González, sobre reivindicación de un terreno. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 799

REIVINDICACION — No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto de fecha 6 de junio de 1940, en el ordinario de Jacinta Rodríguez v. de Caicedo y María Josefa Caicedo de Mosquera contra Epaminondas Caicedo, sobre restitución de una cuota de dominio en el fundo denominado "Pachindo". Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 805

ACCION DE SIMULACION Y ACCION DE NULIDAD—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 2 de marzo de 1940, en el ordinario de Juan Bautista Neira contra el Banco de Londres y América del Sud, Pedro Ignacio Uribe U. y María Teresa Uribe U., sobre nulidad de un contrato de compraventa. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 810

ACCION PETITORIA DE QUE

Págs.

UN CONTRATO FUE DE MUTUO Y NO DE RETROVENTA. LIBERTAD CONTRACTUAL.— DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS — SU INTERPRETACION POR EL JUZGADOR—SIMULACION — MUTUO DISFRAZADO DE RETROVENTA. Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día 8 de mayo de 1940, en el ordinario de Nicolás Rozo, Teresa Rozo de Rozo, Aura María Rozo y Nieves Angel Pardo contra María del Carmen Forero Angel, sobre un contrato de mutuo con garantía hipotecaria. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 817

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO NUMERO 155 — Sobre radicación de un proceso, solicitada por el doctor Alejandro Galvis Galvis 827

ACUERDO NUMERO 161.—Sobre el mismo punto anterior, y nuevamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se abstiene de dar su concepto, en la gestión adelantada por el doctor Alejandro Galvis Galvis 827

APLICACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD A UN DELINCUENTE QUE PADECE DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA. Se resuelve que Benjamín Barrera o Valencia sea recluído no menos de diez años en un manicomio criminal, por el delito de asesinato en la persona de Agustín Calderón, y se concluye que la Sala de Casación Penal de la Corte obra en este caso como simple fallador de instancia. Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre 830

SALVAMENTO DE VOTO del doctor José Antonio Montalvo, a la parte motiva de la anterior providencia 840

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES—Se declara no probadas las excepciones propuestas por el demandado de la Nación, señor Vicente Garcés de la C. y se dispone que en consecuencia, se siga adelante la ejecución. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado V. 844

AUTOS INTERLOCUTORIOS — CAUCION DE SANEAMIENTO. Se infirma el auto de fecha 7 de febrero de 1940, proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ejecutivo adelantado por Ramón L. González contra el Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 847

OBLIGACIONES QUE PUEDEN PERSEGUIRSE EJECUTIVAMENTE — TITULO EJECUTIVO — Se confirma el auto de fecha 23 de noviembre de 1939 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en cuanto dispone la revocación del mandamiento ejecutivo, y lo infirma en lo demás; en el ejecutivo de Manuel Vela R., contra el Departamento de Santander del Norte. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 851

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR — Se declara que no hay lugar a la revocación del auto de 29 de mayo de 1940, pedida por el doctor Guillermo Mesa Prieto. Magistrado ponente, doctor Juan Antonio Donado V.... 853

ACCION REIVINDICATORIA. — HECHOS DE LA DEMANDA— SU PRUEBA — PRUEBAS PRACTICADAS EN OTROS JUICIOS Y TRAIDAS COMO PRUEBA A UNO NUEVO — DETERMINACION DE LA FINCA O COSA REIVINDICADA. — Se confirma el fallo del Tribunal de Cundinamarca, de fecha siete de marzo de 1939, en el ordinario del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra la señorita Magdalena Leiva Tovar, sobre reivindicación de un lote de tierra. Magistrado ponente, Dr. Juan Antonio Donado V.. 856

FIANZA — Se confirma el fallo de 7 de septiembre de 1939, dictado por el Tribunal Superior de Tunja, en el ejecutivo de la Recaudación de Saldos Departamentales de Tunja contra Rafael Beltrán, Campo Elías Avila y Gabriel Peñarete. Magistrado po-

Págs.

nente, doctor Juan A. Donado V. 867

EXCEPCIONES — Se declara no probadas las excepciones propuestas por Carlos García H. en el juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva que le inició la Recaudación de Hacienda Nacional de Apía. Magistrado ponente, Dr. Juan A. Donado V. 869

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR - RECURSOS DE APELACION Y DE REPOSICION.— Se niega la reposición solicitada por el apoderado especial del Departamento del Tolima, al auto dictado por la Sala de Negocios Generales de la Corte, el día 6 de julio de 1940. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 871

TITULO EJECUTIVO EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA — Se revoca el auto de 18 de octubre de 1939 dictado por la Administración de Hacienda Nacional de Cali, en el ejecutivo que esta entidad siguió a los "Laboratorios del Pacífico, S. A." Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 874

EMBARGO — ACUMULACION DE AUTOS — AUTOS INTERLOCUTORIOS Y DE SUSTANCIACION — Se revoca la providencia de 18 de enero de 1940, dictada por el Juzgado de Rentas Nacionales de Bolívar, en el ejecutivo que por jurisdicción coactiva sigue a José María de la Espriella, Amelia Jiménez de Delgado y otros. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V... 876

ACCION DE LANZAMIENTO—Se confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de lanzamiento seguido por Roberto Fernández contra el Departamento de Cundinamarca. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 879

SE DECLARA INFUNDADA LA OBJECION DE ERROR GRAVE hecha al dictamen del perito doctor Federico Lleras Restrepo, en el juicio ordinario que Tomás Olano Riascos sigue contra la Nación por indemnización de perjuicios 881

EXCEPCIONES. — Se declara no probadas las excepciones propuestas por José Joaquín Nieto en el juicio ejecutivo que le adelanta el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales y se ordena seguir la ejecución. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V..... 884

CONFIRMACION DEL AUTO RECURRIDO — Se confirma el auto del 30 de mayo de 1940, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ejecutivo de Roberto Fernández contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, Dr. Juan A. Donado V. 886

EXCEPCIONES — Se confirma el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de marzo de 1940, en el ejecutivo del Departamento de Cundinamarca contra Andrés A. Baquero. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V..... 888

REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR — No se repone el auto de 18 de septiembre de 1940, en que se declaró infundada la objeción de error grave hecha al dictamen del perito doctor Federico Lleras Restrepo. Se concede el recurso de súplica interpuesto en subsidio 891

EXCEPCIONES—Se revoca el auto de 24 de abril de 1940, dictado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en el ejecutivo que promovió la Nación contra Pedro Nel Zamorano. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 896

SE CONFIRMA el fallo de 15 de julio de 1940, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio que por concepto de auxilio de cesantía sigue el señor Raimundo Barrero al Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V..... 898

RECAUDADORES Y SU RESPONSABILIDAD — Se reforma la sentencia de excepciones dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 29 de febrero de 1940, en el juicio ejecutivo por la vía coactiva que sigue el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca, a favor del Municipio de Suba y contra José J. González y María Elena Guerrero de González—Magistrado ponen-

Págs.

te, doctor Arturo Tapias Pilonieta 900

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS — INTERPRETACION DE UNA ORDENANZA — Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 8 de febrero de 1940, en el ordinario de José María de Francisco contra el Departamento de Cundinamarca, sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 906

VENTA DE INMUEBLES DE SUCESIONES ILIQUIDAS. — Se confirma el auto dictado por el Recaudador de Hacienda Nacional del Guamo, el 14 de agosto de 1940, en el ejecutivo que dicha entidad adelanta a favor del Tesoro Nacional y contra la sucesión de Delfín Guzmán Lugo. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 910

COMPETENCIA — No se repone el auto de 9 de julio de 1940, dictado por la Sala de Negocios Generales de la Corte, pedido por el apoderado de The Dorada Railway Extension, Limited, contra el fallo del Tribunal de Ibagué, en el ejecutivo que la Nación adelanta para el pago de un impuesto a la sociedad mencionada. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 913

CONTROVERSIAS ENTRE PATRONOS Y OBREROS — PROCEDIMIENTO VERBAL PARA ESTOS ASUNTOS — Se revoca el auto de fecha 26 de junio de 1940, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de Saúl Guzmán contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y la Nación, sobre el pago de una pensión vitalicia de jubilación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.. 918

PENSIONES DE JUBILACION DECRETADAS POR ORDENANZAS DEPARTAMENTALES. — Se revoca la sentencia de 12 de febrero de 1940, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y en su lugar se niega la demanda presentada por la señorita Constancia M. Pinedo contra el Departamento de Bolívar. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 921

FAROS. — EXENCION DE IMPUESTOS NACIONALES — Se declara probada la excepción de petición antes de tiempo, interpuesta por la señora Teresa Piñeres v. de Jiménez, en el ejecutivo que le adelanta la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar para el pago de unos impuestos, y como consecuencia se ordena cesar el juicio y se decreta el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 924

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

RESTITUCION DE COSA ARRENDADA — RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO — AUSENCIA DE CULPA—DEMANDA DE RECONVENCION. — Se condena a la Nación al pago de la motonave "Libertad", de propiedad del señor Hernando Martelo, en el ordinario que éste le siguió a la Nación con tal objeto y para el pago de los intereses legales. Magistrado ponente, doctor Juan A. Donado V. 929

NOTA—Con el presente número termina el Tomo L de la GACETA JUDICIAL El número que sigue, o sea el 1969, está destinado a Indice y Jurisprudencia del presente tomo.

La Dirección

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR JULIAN MOTTA SALAS

TOMO L. BOGOTA, 1942. NUMERO 1969

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO L

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Páginas

A

ABANDONO DE MINAS

— 1 —

Véase: **Minas**, Casación del 29 de octubre de 1940, G. J., Nos. 1964 y 1965, página 411).

ACCESION

— 2 —

Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó, dentro de las circunstancias previstas en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, no ha perdido la posesión de la cosa, su acción no es ya de dominio, puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y, por lo mismo, del edificio a que éste accedió. Su acción es simplemente de recobro para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírla, en lo principal y lo accesorio, después que se le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho a retener no han conferido al edificador la posesión del terreno. En las dos situaciones contempladas, habiéndose edificado a ciencia y paciencia del poseedor, su tácito consentimiento le creó una obligación indiscutiblemente justa: sufragar el valor del edificio. (Casación, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, febrero 28 de 1941) (1)..... 769 1ª y 2ª

ACCIDENTES DEL TRABAJO

— 3 —

Véase: **Trabajo.**

ACCION CIVIL Y ACCION PENAL POR PERJUICIOS

— 4 —

Véase: **Perjuicios. Acción Civil y Acción Penal por Perjuicios.** (Casación del 14 de febrero de 1941, Nos. 1966, 1967 y 1968 de la G. J., tomo L, página 836, 2ª).

ACCION DE RECOBRO

— 5 —

Véase: **Recobro.** (Casación del 28 de febrero de 1941, G. J. Nos. 1966, 1967 y 1968, página 769, 1ª y 2ª de la Gaceta Judicial).

(1) Concordancia: la sentencia de casación del 13 de marzo de 1937, publicada en los números 1920 y 1921 de la **Gaceta Judicial**, página 714.

ACCION DE REFORMA DEL TESTAMENTO

— 6 —

La acción de reforma o de nulidad de un testamento no puede obtenerse por el trámite especial y de carácter limitado de un incidente de objeciones a una partición, pues mientras el testamento no haya sido anulado por sentencia judicial en juicio pleno, tiene que reconocerse y producir sus efectos. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940). (1) 107, 2ª

ACCION DE SIMULACION Y ACCION DE NULIDAD

— 7 —

Véase: **Simulación y Nulidad.** (Casación del 27 de febrero de 1941, G. J. Nos. 1966, 1967 y 1968, página 755, 2ª).

ACCION DE VACANCIA

— 8 —

Véase: **Bienes Vacantes.** (Casación del 25 de febrero de 1941, tomo L, Nos. 1966, 1967 y 1968 de la G. J.).

ACCIONES DE SOCIEDADES

— 9 —

La acción en una sociedad no es un derecho de crédito, sino apenas un derecho de partición en la sociedad, variable y esencialmente aleatorio. El accionista no puede hacer efectivo contra la compañía como crédito a cargo de la misma el valor de su acción. Esta apenas le da derecho para participar en los beneficios que puedan obtenerse, y en la distribución de los haberes sociales cuando se haga la liquidación. De tal manera que si no hay beneficios nada recibirá, y si al liquidarse la compañía no hay haberes que distribuír, tendrá que resignarse a que realizó una mala operación. Otro es el criterio con el que tiene una obligación a su favor. Este sí es un verdadero acreedor de la compañía, como que su título le da derecho para exigir el pago de lo que se le debe, a medida que se sucedan los vencimientos, sin consideración a lo que resulte en materia de utilidades. Y en la liquidación de la empresa gozará del privilegio que tienen todos los acreedores de que se considere el capital social un verdadero fondo de garantía para ellos.

La trasferencia de una acción nominal se verifica como lo indica el artículo 576 del Código de Comercio, por inscripción o por endoso sin garantía. Cuando se da en prenda una acción de tal naturaleza se opera, sin duda, una trasferencia, si bien no hay trasmisión de dominio. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1964 y 1965, febrero 22 de 1941) . . . . . 618, 1ª y 2ª

ACCION PENAL Y ACCION CIVIL POR PERJUICIOS

— 10 —

Antes y después de las disposiciones de la Ley 94 de 1938 sobre acción civil o privada de reparación del daño causado por una infracción penal, la sentencia pronunciada por la jurisdicción del crimen, absolutoria del sindicado por no haberse realizado el hecho que dio nacimiento a la investigación penal, hacía imposible la instauración de una acción civil de reparación, como si el hecho, negado ya por el juez penal, hubiera en realidad ocurrido.

Cuando la sentencia proferida en el juicio criminal dice que el hecho imputado al sindicado no se ha realizado, eso ya no puede discutirse y menos contradecirse en un juicio civil. La sentencia de la jurisdicción criminal excluye **ipso jure** en este estado la civil. Si para efecto de demostrar una responsabilidad determinada se adelanta la respectiva investigación criminal y ella termina, después de evacuarse todas las citas que resulten, con un sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, con fundamento en que éste no es autor del hecho ilícito, es de orden público res-

(1) Doctrina de la sentencia de instancia.

petar ese estado de cosas, porque de lo contrario surgirían a la relación social de unas mismas partes dos fallos contradictorios sobre una misma situación jurídica y esto peca, no sólo contra la estabilidad y seriedad de las resoluciones firmes de los jueces, sino contra el artículo 39 de la Ley 169 de 1896 y contra el 28 de la 94 de 1938. En esta situación jurídica, las pruebas producidas en el pleito civil en demostración del hecho negado por la justicia penal, son legalmente ineficaces y, por consiguiente, inaceptables.

(Casación, L., Nos. 1964 y 1965, septiembre 28 de 1940) ..... Páginas 354, 1ª

ACCION REIVINDICATORIA

— 11 —

La acción reivindicatoria, como todas las demás, entraña el ejercicio de un derecho y surge del quebranto que un tercero haya infringido a ese estado, es decir, nace de un hecho ajeno del titular del derecho, y tiene por objeto el restablecimiento normal de determinada relación jurídica. Pero no basta que una acción exista y resida en la persona del demandante para que le sea reconocida; precisa que dicha acción haya sido deducida de acuerdo con la ley, previa demostración de los elementos que la configuran, ya que si el actor, en un caso dado, descuida la comprobación de alguno de esos elementos, la acción va inevitablemente a su fracaso.

La acción reivindicatoria o de dominio está configurada por estos factores: a) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) derecho de dominio del demandante; c) posesión material en el demandado, y d) identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado. (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 31 de 1940) ... Páginas 420, 2ª

ACREEDORES HEREDITARIOS

— 12 —

Los acreedores hereditarios pueden asumir tres posiciones para obtener el reconocimiento de sus créditos dentro de un juicio de sucesión: 1ª Demandar a la sucesión representada por sus herederos para obtener el pago de lo que les adeudaba el causante; 2ª Esperar a la terminación del juicio y a la liquidación de la herencia para demandar a los herederos a prorrata de su cuota hereditaria, y 3ª Intervenir en el juicio de sucesión para que cuando sea el caso, sean incluídos sus créditos en el inventario y para pagarlos se señalen bienes en la partición. Este tercer medio es el más expedito y usado y cuando por cualquier circunstancia no es viable o fracasa, le quedan los otros dos al acreedor.

La primera acción se basa en el artículo 1162 del Código Civil, la segunda en el artículo 1411, y la tercera, entre otros, en los artículos 1289, 1312 del C. C., y 908, 909, 935 y 1298 del C. J. El acreedor hereditario tiene también las acciones de los artículos 1279 y 1298 del C. C., en relación con el 908 del C. J.

No pudiendo los acreedores objetar la partición, no pueden alegar la falta de citación o emplazamiento a que se refiere el numeral 3º del artículo 448 del C. J., puesto que carecen de personería para ello. Y no solamente de personería sino de interés jurídico, porque la omisión o desconocimiento que en un juicio de sucesión se haga de los créditos contra el causante ni desvirtúa el valor legal de tales créditos, ni imposibilita para obtener la efectividad de estos por la vía legal.

(Casación, L., Nos. 1964 y 1965, septiembre 30 de 1940). ..... Páginas 356, 2ª, 357, 2ª

ACTAS DE ESTADO CIVIL

— 13 —

Conforme al artículo 632 del Código Judicial el documento auténtico no es la certificación del párroco, sino el acta o partida principal del estado civil autorizada por el mismo párroco que presenció el hecho constitutivo de tal estado en ejercicio de sus funciones eclesiásticas. El cura párroco es considerado como funcio-

Páginas

nario público, pero cuando autoriza actas del estado civil que dan fe de actos pasados ante él en su calidad de oficial público del estado civil, según el artículo 22 de la Ley 57 de 1887. La misión de los párrocos, en lo tocante a las partidas de estado civil, se limita a crear o a hacer las actas en su condición de funcionarios públicos para esos efectos, pero teniendo en cuenta los hechos que presencien o pasen ante ellos; no pueden crear, para efectos civiles, actas, partidas o pruebas supletorias en relación con nacimientos, matrimonios o defunciones no pasados ante ellos. Esta es misión única de los jueces laicos, porque así lo ha prescrito el Código Civil y toda la ley concordataria. (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 8 de 1940). . . . . 364, 2ª u 365, 1ª

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES

— 14 —

Los Gobernadores tienen facultad de declarar la exequibilidad de los Acuerdos, pero no la inexequibilidad. Esta corresponde decidirla exclusivamente a la autoridad competente. El Gobernador que lo hace usurpa jurisdicción. Las observaciones del Gobernador pueden no versar sobre aspectos constitucionales o legales, sino sobre motivos de inconveniencia, por ejemplo. El Acuerdo rige una vez sancionado por el alcalde, aunque sea objetado por el gobernador, lo que quiere decir que el acto de exequibilidad o de observaciones proferido por el gobernador, no es el que le da existencia legal al Acuerdo sino la sanción del alcalde y su promulgación. Claramente lo expresa así el artículo 178 del Código de Régimen Político y Municipal. De tal manera que el Gobernador, al declarar exequibles los Acuerdos, no los aprueba, sino que simplemente declara que están conformes con la Constitución, las leyes y las ordenanzas. El acto existe sin necesidad de la exequibilidad gubernamental, mientras no sea anulado por la autoridad competente. Pero cuando se trata de un acto, un contrato por ejemplo, que exige para su perfeccionamiento la aprobación del Gobernador, la cuestión cambia fundamentalmente.

El Concejo Municipal expide el Acuerdo que aprueba un contrato cuyas cláusulas dispositivas incorpora en el acto; pasa a la sanción del Alcalde y luégo a la aprobación del Gobernador, según estipulación exigida en una cláusula contractual. El Gobernador declara exequible el Acuerdo. En este caso la fórmula **exequible** sí implica la aprobación del contrato, pues al tiempo que declara constitucional o legal el Acuerdo le da viabilidad jurídica al contrato en él incluído, conforme con la cláusula que exige la aprobación del Gobernador para su validez legal. Si el Gobernador se abstiene de concederle la exequibilidad al Acuerdo, ello puede ser motivado, o por estimarlo contrario a la ley o a la Constitución, o porque desaprueba el contrato que en él está incorporado. En cada uno de estos casos hará las observaciones que sean pertinentes, ya se refieran al acto del Concejo o al contrato que aprueba. Si el Acuerdo es declarado exequible, este acto está demostrando que el Acuerdo expedido por el Concejo está conforme a la Constitución. Si no es declarado exequible, excepcionalmente no tiene valor legal, aunque haya sido sancionado por el Alcalde y promulgado, pues en este caso la no exequibilidad sí viene a considerarse como desaprobación, como que puede estimarse que el contrato forma como un solo todo con el Acuerdo que lo aprueba. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963 septiembre 16 de 1940). . . . . 67, 2ª y 68, 1ª

ACUMULACION DE AUTOS

— 15 —

Aunque puedan ser contradictorias las acciones, ello no es óbice para decretar la acumulación de autos, ya que la ley no indica esta circunstancia como impedimento para que se opere aquella figura procesal. Muy distinto sería el caso de acumulación de acciones, pues entonces obraría el artículo 209, numeral 3º, del Código Judicial, que impide tal acumulación cuando

Páginas

concurren acciones contrarias e incompatibles entre sí. El efecto más importante de la acumulación se cifra en la reunión de los autos, a fin de continuar la tramitación como si se tratase de un solo juicio, y decidirlos en un mismo fallo. Para que esa consecuencia se alcance, dispone el código en su artículo 412, que se suspenda el curso del que está más próximo a su terminación hasta que los demás procesos que se le han acumulado se hallen en el mismo estado

El artículo 409 dispone que desde que se reciba el oficio para que se remitan los procesos quedan éstos en suspenso hasta que se decida el incidente. La ley prevé y autoriza expresamente la suspensión. Además, durante el lapso de tramitación del recurso interpuesto contra el auto ordenador de la acumulación tienen que estar forzosamente suspendidos los juicios. Ello es consecuencia de los presupuestos procesales vinculados al recurso. Al superior que ha de decidir del incidente deben remitirse todos los procesos; habría, pues, una imposibilidad material para la continuación del trámite de cualquiera de ellos. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, junio 27 de 1940). . . . . 171 1ª y 2ª

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

— 16 —

El derecho conferido por la Constitución para acusar como inconstitucionales las leyes o decretos lo tienen todos los ciudadanos, sin limitaciones. Cuando se trata de leyes aprobatorias de tratados públicos las demandas sobre inconstitucionalidad de ellas son improcedentes ,no por falta de personería en el ciudadano que intenta la acción, sino porque la estabilidad de los pactos internacionales no puede estar sujeta a la declaración que haga la Corte respecto de la exiquibilidad de las leyes que los aprueben. En tales casos la Corte carece de jurisdicción. (Sentencia de la Corte Plena., L, Nos. 1966, 1967 y 1968, marzo 18 de 1941). 704, 1ª

Páginas

ACUSACION POR INCONSTITUCIONALIDAD DE UN DECRETO

— 17 —

Es doctrina reiteradamente sostenida por la Corte la de que cuando un decreto acusado tiene por fundamento una ley, sin que se aparte de ella, no es posible entrar a examinar la inconstitucionalidad del decreto acusado si no se acusa, a la vez, la ley correspondiente. La Corte reafirma esta doctrina. (Sentencia de la Corte Plena, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941). 699, 2ª

ALCANCES

— 18 —

Los documentos enviados en copia por la Contraloría General de la República a un Juez de Ejecuciones Fiscales sobre alcances deducidos, prestan mérito ejecutivo, por tratarse de documentos auténticos. En lo que se refiere a documentos privados la regla general es que se presentan originales en los juicios y sólo en casos excepcionales, taxativamente establecidos en la ley, se admiten en copia. No habiendo ninguna disposición legal en la que se diga expresamente que el documento público llamado alcance líquido y definitivo necesita, para que preste mérito ejecutivo, figurar en el juicio correspondiente, lo lógico y natural es aceptarlo en copia.

El sentido de la frase **sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas**, que trae el inciso 3º del artículo 982 del C. J., es el siguiente: sin estar sujeta a deducciones indeterminadas, pero ciertas; ya que la conjunción adversativa **aunque** denota oposición, a pesar de la cual puede ser, ocurrir o hacerse alguna cosa, según enseña el léxico. Los autos sobre alcances deben considerarse providencias definitivas, a pesar de cualquiera rectificación que puedan tener. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 16 de 1940). . . . . 187, 2ª y

Páginas

ALCANCES

— 19 —

Para que un alcance sea líquido y definitivo y preste mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 1059, numeral 1º, del Código Judicial, es necesario que se haya deducido mediante los trámites legales de un juicio de cuentas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos 1961, 1962 y 1963, agosto 24 de 1940).... 210, 2ª

APELACION Y REPOSICION

— 20 —

La apelación solamente procede en el caso de que se niegue la reposición; concedida ésta, el recurso subsidiario carece de eficacia jurídica por el hecho mismo de no haberse presentado la condición a la cual estaba subordinado. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, julio 27 de 1940). 872, 1ª

APRECIACION DE INDICIOS

— 21 —

Acepta la Corte que es acto que concierne exclusivamente a la conciencia individual del juzgador la estimación del grado de certidumbre que arroje la prueba indiciaria, lo cual veda que en la mayoría de los casos tal prueba sea revisable en casación, mientras no se demuestre que son falsos los hechos accesorios o se evidencie su falta completa de relación con el que se pretende dar por establecido. Por eso la Corte, en repetidos fallos, ha sentado que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea; con la reserva de que cuando la inducción del juzgador es manifiestamente absurda, de suerte que sus razonamientos sean opuestos a la posibilidad metafísica, natural o de sentido común, es dable a las partes acusar el error de hecho en la apreciación de los indicios, y a la Corte ejercitar su suprema potestad de revisión en este recurso. (Casación, L., Nos. 1964 y 1965, octubre 29 de 1940)..... 403, 2ª

APRECIACION DE PRUEBAS

— 22 —

Los Tribunales de instancia gozan de libertad de criterio para apreciar los elementos probatorios del proceso, dándoles el valor demostrativo que estimen conveniente, dentro de la tarifa legal reconocida por nuestro derecho probatorio y dentro de las reglas de la sana crítica, y a la Corte no le es dado rectificar ese juicio sino cuando aparezca con toda evidencia que el juzgador incurrió en error de hecho manifiesto en esa apreciación, o en error de derecho en cuanto al mérito que pudo haberles otorgado para la decisión de la controversia. (Casación, L., Nos. 1964 y 1965, octubre 24 de 1940). (1)..... 388, 1ª

ARRENDAMIENTO

— 23 —

Para que sea viable la acción consagrada en el artículo 2.005 del Código Civil se necesita, desde luego, que la cosa arrendada exista, porque si se ha destruído o ha perecido hay imposibilidad de cumplir la obligación y, por tanto, otro será el derecho del arrendador si, por otra parte, ese estado de cosas se debe a culpa del arrendatario. El incumplimiento sería consecuencia obligada de la máxima que prescribe que nadie está obligado a lo imposible.

Para eximir de responsabilidad al arrendatario no basta que se conozca la causa precisa de un daño, pues se exige algo más: que esa causa esté exenta de culpa. Entonces sí se puede sostener como cuestión incontrovertible que el hecho consecuencial no deriva de una culpa. Cuando la ausencia de culpa tiene por fundamento una causa conocida, precisa, del daño, como el caso fortuito, la

(1) Concordancia: véase el fallo de casación de 4 de abril de 1936, G. J. números 1911 y 1912, página 798.

Páginas

fuerza mayor o la causa extraña, se trata de un hecho positivo en cuya demostración, que compete al que lo alega, se descarta la responsabilidad del deudor. Si se comprometió a entregar en determinada fecha un caballo que había vendido y no lo entregó en la oportunidad señalada porque en el predio donde el animal pastaba cayó un rayo y lo mató, le bastará comprobar ese acontecimiento para eximirse de culpa, el que por sí mismo la excluye. Pero cuando se conoce la causa precisa del daño y ésta no está exenta de culpa, no es viable la exoneración de responsabilidad. En aquel caso tenemos la cualidad fácil de comprobar de un hecho positivo, lo que no acontece en el último evento contemplado.

El arrendatario que debe comprobar la ausencia de culpa puede encontrarse en una de estas situaciones: a) o prueba un hecho positivo que originó el daño y le impidió cumplir su obligación, y ese hecho por sí solo excluye la culpa, caso en el cual no se le puede exigir responsabilidad civil, porque el fundamento de ésta, en tesis general, es la culpa; o prueba que tal hecho fue la causa originaria del daño, pero ese hecho no deja en el ánimo de todo el que juzga y discurre normalmente la impresión nítida de que aconteció sin culpa del deudor. Debe entonces el obligado a la prestación incumplida comprobar que el hecho de que se trata acaeció a pesar de sus diligencias y cuidados en la conservación de la cosa arrendada. Si no logra dar esta prueba, resultará fallida la pretensión de que se le declare exento de responsabilidad. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940). ..... 939, 1ª y 2ª

ARRENDAMIENTO DE MINAS

— 24 —

Véase: MINAS.

ARRENDAMIENTOS DE SERVICIOS

— 25 —

Véase: SERVICIOS.

Páginas

ASESINATO

— 26 —

No son circunstancias agravantes las de los nueve ordinales del artículo 363 del Código Penal de 1936. Cualquier caso de esos es un **elemento constitutivo** de **asesinato**, que intensifica el **animus necandi** u **occidendi.** (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940) .. 134, 2ª

ASIGNACIONES FORZOSAS

— 27 —

Por haber adoptado el sistema mixto, combinándose el de la división forzosa con el de la libertad de testar, nuestro código restringe tal libertad en la disposición sucesoral imponiendo al **de cujus** la obligación de dejar la mitad de su haber patrimonial a determinados asignatarios forzosos, llamados legitimarios. Para la otra media le reconoce libertad, que es absoluta cuando los legitimarios no son descendientes, pero también restringida para la cuarta de mejoras, que necesariamente debe dejarla a sus descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de estos. (Artículo 23, Ley 45 de 1936). (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940). 105, 1ª

AUTENTICACION DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN EL EXTRANJERO

— 28 —

De acuerdo con el artículo 657 del Código Judicial, modificado por el artículo 1º de la Ley 39 de 1933, la autenticación es requisito indispensable cuando se quiere hacer uso ante los tribunales colombianos de instrumentos públicos o de documentos privados extendidos en el extranjero. Si tal requisito deja de cumplirse, el respectivo documento carecerá en juicio de fuerza probatoria. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 26 de 1940) 214, 1ª

Páginas

AUTOS DE FENECIMIENTO CON ALCANCE

— 29 —

Véase: Fenecimiento con alcance.

AUTOS DE FENECIMIENTO DEFINITIVO

— 30 —

Los autos de fenecimiento definitivo prestan mérito ejecutivo, de conformidad con el artículo 1059 del Código Judicial. El hecho de que la Contraloría General de la República tenga facultad de revisar en cualquier tiempo los autos de fenecimiento en que deduce responsabilidad de manejo, no significa que esos autos no lleguen a adquirir en ninguna época la firmeza necesaria para que se pueda proceder a hacerlos efectivos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1964 y 1965, octubre 15 de 1940). ....

588, 2ª

AUTO DE PROCEDER

— 31 —

No puede ser condenado como responsable de hurto el procesado a quien se enjuicia por robo, porque el auto de proceder señala los límites de la acción penal y porque la discrepancia entre la sentencia y el auto de proceder en cuanto a la denominación del delito implica nulidad sustancial del procedimiento que origina un dilema, no entre dos condenaciones inevitables, sino entre una pena cierta y otra que sólo es probable, pues dentro de las contigencias del juicio está la posibilidad de una absolución al repetirse éste.

Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el artículo 22 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las formas propias de cada juicio. (Casación, L., Nos. 1964 y 1965, agosto 13 de 1940)

532, 2ª

Páginas

AUTOS DE SOBRESEIMIENTO

— 32 —

La Corte está inhibida para conocer de la consulta de los autos de sobreseimiento definitivo dictados por los Tribunales Superiores en sumarios iniciados a partir del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, fecha en que entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal. No existe declaración expresa del legislador en el sentido de que la Corte deba revisar, por vía de consulta, tales autos de sobreseimiento; de hacerlo así se arrogaría, a pretexto de tener la implícita o subentendida, una potestad que la ley no le ha dado. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, L., números 1964 y 1965, diciembre 3 de 1940) ..... 554, 1ª y 2ª

AUTO EJECUTIVO

— 33 —

La calificación que, sin reparo alguno de la parte ejecutada, se haga del título ejecutivo en el mandamiento de pago, no impide que esa parte, dentro de la oportunidad legal, haga valer los medios de defensa que conduzcan a desestimar dicho título. Y no importa que la excepción se funde en hecho que el documento-recaudo ostentaba cuando se libró el mandamiento de pago. No debe perderse de vista que el ejecutado tiene dos oportunidades para atacar el título exhibido como recaudo ejecuivo: cuando se le hace saber en la forma legal el mandamiento de pago, en cuya ocasión puede hacer valer el recurso de reposición, y durante todo el término que la ley otorga para proponer excepciones. La ejecutoria del mandamiento de pago no impide volver sobre el título ejecutivo para examinarlo no sólo en su fondo sino también en su forma externa, ostensible. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 24 de 1940). 210, 2

Páginas

AUTO INTERLOCUTORIO

— 34 —

El artículo 446 del Código Judicial, en la imposibilidad de limitar dentro de una definición los elementos múltiples y heterogéneos constitutivos del auto interlocutorio,, enumera algunos de ellos, por vía de ejemplo, tocándole al juzgador resolver en los casos dudosos cuáles otras providencias, fuera de las allí mencionadas y por razón de analogía, pueden clasificarse como interlocutorias.

Tanto el auto que fija la solvencia de un fiador, que podría ser el mismo de saneamiento, como la que fija la caución de saneamiento, son interlocutorios. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967 y 1968, julio 5 de 1940) .....

AUTOS INTERLOCUTORIOS Y DE SUSTANCIACION

— 35 —

En nuestro derecho procesal civil se reconocen autos interlocutorios y autos de sustanciación. Los primeros son los que tienen las características contempladas en el artículo 466 del Código Judicial, numeral 2º. y los últimos, los que se determinan en el numeral 3c del mismo artículo. No trae el Código Judicial providencia de naturaleza mixta.. Si ocurre que en el mismo auto se resuelve un punto que ha debido ser materia de un incidente y otro que mira simplemente el curso progresivo de la actuación, ese auto habrá de catalogarse entre los interlocutorios, por ser de esta naturaleza la providencia que decide una cuestión incidental. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, agosto 20 de 1940) ....

AUTO PARA MEJOR PROVEER

— 36 —

El auto para mejor proveer no da asidero ni base para el recurso de casación por haberse dictado u omitido. Es una potestad soberana del sentenciador y corresponde a un estado psíquico de él que sólo a él le es dado apreciar en su conciencia, y no en manera alguna a sugestión, indicación o solicitud de las partes, según el artículo 600 del Código Judicial. (Casación, L., números 1964 y 1965, diciembre 4 de 1940) .....

Páginas

,472, 1ª

AUTO PARA MEJOR PROVEER EN MATERIA PENAL

— 37 —

En recursos de casación contra fallos de Tribunales Superiores sobre causas en que actuó el jurado, cuando se invoca la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, no puede la Corte dictar auto para mejor proveer, que afecte el veredicto. El auto para mejor proveer, que no está previsto en la Ley 94 de 1938, se profería en materia penal con la autorización que daba el artículo 33 de la Ley 169 de 1896 y para los jueces existía el precepto del artículo 1715 del antiguo Código Judicial.

848, 1ª y 2ª

El auto para mejor proveer, tratándose de la causal 1ª, es un paso que se opone a la naturaleza o índole especialísima de las causas en que funciona el jurado, sencillamente porque así, con la nueva prueba recogida, que no la conocieron los jueces de hecho, se varía, se modifica, se introduce una desnaturalización quizá sustancial al veredicto, lo que a todas luces repugna a la esencia de la institución del jurado que pierde entonces su razón de ser, y se extralimitaría el campo de acción de dicha causal. Y es la verdad. Si la Sala de Casación Penal de la Corte estuviese facultada para pronunciar esa clase de autos en tales negocios, también lo estarían por lógica perfecta los Jueces Superiores y los Tribunales de Distrito Judicial, con consecuencias alarmantes. No por injusticia notoria caerían las resoluciones del jurado, sino por obra y gracia de un auto para mejor proveer, recurso ilegal puesto en las manos y al alcance de los jueces y magistrados ya rendido el veredicto. Ese auto se dictaría bajo el fácil pretexto de una supuesta o de una real cuestión dudosa ,a fin de desvirtuar aquellas resoluciones. Ad-

878, 2ª

mitir que la Sala de Casación Penal de la Corte puede dictar autos para mejor proveer en recursos de casación fundados en la causal 1ª, que van a incidir sobre la validez del veredicto ,equivale a un recurso de revisión, inconciliable con las características de la casación penal.

El auto para mejor proveer es dictable solamente antes de pronunciar sentencia, pues así lo ordenan imperativamente los artículos 1715 del C. J. y 33 de la Ley 169 de 1896. Y es obvio que, probada la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, la sentencia de invalidación ha de contener, a la vez, la que debe reemplazarla, conofrme al inciso 1º del artículo 4º de la Ley 118. De donde se desprende la verdad jurídica de que el auto para mejor proveer, cuando es proferible, tiene que ser dictado antes de la sentencia para evitar la irregularidad de dos fallos. (1). (Casación, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, abril 1º de 1941). . . . . 835, 2ª y 836, 1ª y 2ª

AVALUO PERICIAL

— 38 —

El medio adecuado para establecer el justo precio en las acciones sobre rescisión por lesión enorme es el avalúo pericial de la cosa. (Casación, L., números 1964 y 1965, diciembre 12 de 1940). 494, 1ª

B

BIENES DE USO PUBLICO Y BIENES FISCALES

— 39 —

Los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común. Los primeros, los de uso público, son aquellos cuyo aprovechamiento pertenece a todos los habitantes del país, como los ríos, las calles, los puentes, los caminos, etc. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público. Son inalienables, como que están fuera del comercio, e imprescriptibles "mientras asignados al fin público y en los términos en que esta finalidad pública lo exija".

Sostienen distinguidos expositores de derecho que en los bienes de dominio público no tiene el Estado lo que propiamente se llama propiedad, ya que analizados los elementos de que ésta se compone se encuentra que el **usus** no es del Estado, pues pertenece a todos los habitantes del país; el **fructus** no existe, en tesis general, y el **abusus** tampoco existe en relación con tales bienes, por su condición de inalienables, vale decir, sustraídos del comercio, no susceptibles de propiedad privada. En esos bienes, observa Demófilo de Buen, el Estado no tiene, hablando con propiedad, sino "un derecho de administración o gestión en unos casos, y en otros una función de policía para que no se entorpezca y se coordine el uso común". En todo caso, el dominio del Estado sobre los bienes de uso público es un dominio **sui generis.**

Cuando una cosa, sobre la cual se ha ejercitado la acción reivindicatoria, está afectada ya a un uso público, es decir que se ha convertido en un bien de uso público, contra ella no es procedente esa acción porque los bienes de esa naturaleza se caracterizan por no ser susceptibles de propiedad privada, como que están fuera del comercio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 26 de 1940) 254 2ª

BIENES PROPIOS DEL CONYUGE Y BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

—40 —

Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges a título gratuito no

(1) Salvó su voto el doctor José Antonio Montalvo con muy interesantes consideraciones.

forman parte de la sociedad conyugal, conforme a los artículos 1781 y 1782 del Código Civil.

Aunque la Ley 28 de 1932 no disolvió ni implícita ni explícitamente las sociedades conyugales ya existentes al entrar en vigencia, no puede exigirse durante ésta la previa formalidad de la liquidación provisional de tales bienes para que el cónyuge exclusivamente propietario pueda disponer libremente de sus bienes propios, pues tiene capacidad jurídica para hacerlo. En virtud de la nueva situación creada por la Ley 28, hoy la potestad marital no se relaciona ya con los bienes y ha quedado reducida al régimen familiar de matrimonio, vale decir, a lo atañedero a la vida común, al domicilio, a la crianza y educación de los hijos, etc. De donde se desprende que la mujer no necesita del requisito previo de liquidación de bienes para disponer de los que exclusivamente le pertenecen. Y aunque al tenor del inciso 2º del artículo 1781 del C. C., pertenecen a la sociedad conyugal los frutos de los bienes adquiridos durante el matrimonio, de tal circunstancia no se deduce por sí sola el interés que el marido pretenda tener para suplicar la rescisión de los contratos de venta realizados por su esposa. Esas ventas fueron hechas por quien tenía plena capacidad para hacerlo y no hay precepto alguno, dentro de las normas reguladoras del régimen de bienes en el matrimonio, que afecte especialmente los bienes propios del cónyuge al reconocimiento, liquidación y pago de los frutos naturales y civiles provenientes de esos mismos bienes. En tal caso tendría facultad el cónyuge para pedir una liquidación de la sociedad conyugal y dentro del trámite de tal liquidación exigir la incorporación de tales frutos al inventario de bienes, para que integren los gananciales de cada socio copartícipe. Pero nunca para considerar afectados tales bienes propios al reconocimiento y pago de frutos o intereses, en términos de que justifiquen el interés jurídico del cónyuge para obtener la rescisión de los actos dispositivos de tales bienes. Aceptar esa tesis equivaldría a desnaturalizar la reforma y a desconocer la capacidad plena de la mujer casada para administrar y disponer de sus bienes propios, sometiéndola a una previa liquidación y reconocimiento de frutos, antes de realizar el acto de disposición.

Los aumentos o mayor valor de los bienes propios de cada cónyuge no hacen parte de la sociedad conyugal sino del haber particular de él. (Casación, L., números 1964 y 1965, septiembre 28 de 1940) ..... 345, 2ª, 346, 1ª y 2ª

Páginas

Páginas

BIENES VACANTES

— 41 —

Los bienes definidos como vacantes por el artículo 706 del Código Civil son inmuebles que habiendo estado bajo el dominio del hombre no tienen actualmente dueño aparente o conocido; de donde es preciso concluir que es elemento esencial para que una cosa pueda ser vacante el haber estado antes bajo el dominio de alguien. Tres factores son, por lo tanto, necesarios para que una cosa pueda considerarse como vacante: a) inmueble que tuvo dueño; b) abandono de aquella por parte de quien se presentaba como dueño, y c) que a la fecha del denuncio el inmueble aparezca sin dueño aparente o conocido. Así lo ha sostenido la Corte en varias decisiones.

De acuerdo con el artículo 843 del Código Judicial el opositor sólo está obligado a justificar su pretensión, de donde resulta que la acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo e inscrito y de buena fe para el acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir la cosa por usucapión extraordinaria; y el denunciante de la finca vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente y, en tal evento, una de las características esenciales y dominantes de la finca vacante, esto es, que aparezca abandonada y sin

Páginas

dueño aparente o conocido, desaparecería habiendo un poseedor cualquiera. (Casación, L., números 1966, 1967, y 1968, febrero 25 de 1941) 749, 2ª

BONIFICACIONES

— 42 —

La Ordenanza número 16 de 1935 vino a declarar el sentido de la Ordenanza número 13 de 1933 en lo relativo a los términos para las bonificaciones. Por tanto, la primera es de indiscutible carácter interpretativo y, de acuerdo con el artículo 14 del Código Civil, debe considerarse incorporada en la de 1933 y, en consecuencia, vigente desde la promulgación de esta última en relación con la fecha inicial de los términos para las bonificaciones de que ella trata. Pero los efectos de la Ordenanza de 1935, de acuerdo con ese artículo del Código Civil y con el 58 del de Régimen Político y Municipal, encuentran una valla infranqueable en lo que se haya dispuesto "en decisiones ejecutoriadas" proferidas antes de la vigencia de la citada Ordenanza. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, noviembre 22 de 1940). .....

C

CAJA DE AUXILIOS DE LA POLICIA NACIONAL

— 43 —

La Caja de Auxilios de la Policía Nacional, aunque autónoma y dotada de personería jurídica, es una entidad administrativa dependiente del Estado. Por más que tenga patrimonio propio en definitiva pertenece a la Nación. Y aunque tenga personería jurídica no la convierte en persona de derecho privado como para que las cuentas de sus cajeros no puedan ser examinadas y fenecidas por la Contraloría General de la República.

El Director de la Policía, como representante legal de la Caja de Auxilios, puede aceptar las escrituras

Páginas

hipotecarias que se otorguen por los individuos que han de manejar la Caja. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 26 de 1940. (1) 251, 2ª

CASACION

— 44 —

Ha dicho la Corte que no tiene facultad para estimar elementos probatorios que por primera vez y ante la misma se presentan al debate, porque éste queda cerrado con el fallo del Tribunal. Su misión es puramente doctrinal, y se dirige también a reparar los agravios que infieran las sentencias, pero teniendo en cuenta únicamente los fundamentos de hecho y de derecho aducidos oportunamente. La sentencia recurrida en casación es la que constituye el hecho o la materia sujetos al debate en este recurso, a diferencia de lo que ocurre en las instancias de un juicio, en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o el hecho demandados; los jueces falladores califican el proceso en su integridad; la Corte, cuando no procede como Tribunal de instancia, juzga la sentencia en la parte acusada y por las causales y motivos que legalmente se aduzcan. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, agosto 12 de 1940). 908, 1ª y 2ª

CASACION

— 45 —

La condenación en costas, que es una apreciación del juzgador respecto de la temeridad de la parte vencida en un juicio, no es materia del recurso de casación.

No se puede involucrar la liquidación de costas con la decisión definitiva del pleito, pues la técnica del procedimiento no permite hacer en la sentencia misma la estimación de ellas. Al fijarse en el mismo fallo el monto de la condenación en costas, el 341, 1ª

(1) Concordancia; véase la sentencia de la Corte Plena de fecha 5 de octubre de 1939, publicada en el número 1950 de la **Gaceta Judicial**, páginas 643 y 653.

Páginas

litigante condenado no podría acudir a los recursos que le brinda la ley para obtener una reforma en la fijación que ha hecho el juez. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940). 22, 2ª

CASACION

— 46 —

La Corte en casación no tiene facultad para estimar elementos probatorios que por primera vez y ante la misma se presenten al debate, porque éste queda cerrado con el fallo del Tribunal. Su misión es puramente doctrinal y va también a reparar los agravios que infieran las sentencias, pero teniendo en cuenta únicamente los fundamentos de hecho y de derecho aducidos oportunamente. La sentencia recurrida en casación es la que constituye el hecho o la materia sujeta al debate en este recurso, a diferencia de lo que ocurre en las instancias de un juicio, en las cuales el objeto de la litis es la cosa, la cantidad o el hecho demandados. Los jueces falladores califican el proceso íntegramente; la Corte, cuando no procede como Tribunal de instancia, juzga la sentencia en la parte acusada y por las causales y motivos que legalmente se aduzcan. (Casación, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940). 732, 1ª

CASACION EN LO CRIMINAL

— 47 —

Si la parte resolutiva de la sentencia se atiene al veredicto del Jurado, acatando las adiciones o explicaciones de él, no es casable el fallo aún cuando en su parte motiva pretenda desatender tal veredicto. (Casación, L., Nos 1964 y 1965, noviembre 20 de 1940). 544, 2ª

CAUCION DE PERJUICIOS

— 48 —

No hay precedente legal que exima al Estado, como parte militante en un juicio, de la obligación de prestar la caución a que alude el artículo 879 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1964 y 1965, octubre 15 de 1940). 585, 2ª

CAUCION DE SANEAMIENTO

— 49 —

La caución de saneamiento consiste en una prenda, una hipoteca o una fianza, y tiene por objeto, según lo expresa el artículo 1016 del Código Judicial, impedir que se embarguen otros bienes del ejecutado distintos de los denunciados por éste, y el de responder de que son propios del deudor y suficientes para el pago de la deuda y de las costas. (Auto, Sala de Negocios Generales., L., Nos. 1966, 1967 y 1968, junlio 6 de 1940). 848, 1ª

CAUCION DE SANEAMIENTO

— 50 —

La caución de saneamiento se otorga en favor del ejecutante para responderle de que los bienes denunciados son de propiedad del ejecutado, y suficientes para el pago de la deuda. Para que tal caución —cuando consiste en acciones nominales— llene su objeto, esto es, para que garantice el derecho que persigue el demandante, debe rodearse de todas las formalidades que indica la ley a fin de que se tenga por bien hecha la trasferencia. Si falta una de esas formalidades, si no se dio ningún aviso a la entidad emisora, la fianza no se perfeccionó y, por ende, no nació para el ejecutado el derecho de oponerse a que se le embargaran nuevos bienes. (Auto, Sala de Negocioos Generales, L., Nos. 1964 y 1965, febrero 22 de 1941). 618, 2ª

CAUCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS

— 51 —

Cuando el artículo 878 del Código Judicial dice que "si el demandante pide que el opositor preste caución de pagar los perjuicios que le causa con su oposición, **el Juez debe ordenarlo**", lo hace de una manera tan general y

Págs.

perentoria que no permite ninguna clase de salvedades por razón de la persona que constituya la parte opositora. Si dicha parte opositora está constituída por el Estado, la regla general dada en el citado Art. no tiene por qué resultar inaplicable. Basta con que aquél se oponga a la acción instaurada para que el actor pueda decir que el demandado preste la respectiva caución. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 28 de 1940) .....

CAUSAL 1ª DE CASACION EN LO CRIMINAL

— 52 —

Hallándose justificada la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, el veredicto subsiste y únicamente corresponde a la Corte modificar la pena impuesta.

No es posible equiparar el fenómeno de violación de la ley penal en la formación del proceso entero. Si la sentencia es violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, la Corte no tiene otro oficio que rectificar la penalidad impuesta con error, acomodándola al buen entendimiento del Código de las penas. Por tanto, si el Tribunal aplicó un precepto del Código cuando debió aplicar otro; si estimó el delito en un grado diferente del que era menester; si dedujo varias penas por un solo hecho confundiendo el concurso ideal con el real, o si opotó por la ley desfavorable, todo ello se concreta en la rectificación de la pena, sin tocar el veredicto. Pero sí con intervención del Jurado se condenó a quien era excusable y no sujeto a pena alguna (artículo 29 del Código de 1890), la causal pertinente no es la 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931; es la 3ª **ibídem**, ya que el excusable no delinque, y si no delinque no hay cuerpo del delito, a la luz del citado Código antiguo.

La justificación de una causal de casación es la plena prueba legal de uno cualquiera de los ocho casos del artículo 3º, Ley 118 de 1931, plena prueba que debe aparecer en el proceso. Por lo mismo, repugna traer al negocio con auto para mejor proveer la demostración de la causal que ya se tuvo como probada al invalidar el fallo. (Casación, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, abril 1º de 1941). (1) ..... 837, 1ª y 2ª

CENSO DE LA PROPIEDAD MINERA

— 53 —

257, 1ª Véase lo que sobre ese punto dijo la Corte en la doctrina titulada:

Decretos acusados números 1343 de 22 de julio de 1937, sobre exploración y explotación de minas de aluvión de metales preciosos, y 836 de 11 de mayo de 1938, sobre censo de la propiedad minera. (G .J., Nos. 1966, 1967 y 1968, sentencia de la Corte Plena del 21 de febrero de 1941, páginas 664 y siguientes) .....

CESANTIA

— 54 —

Véase: **Derecho de Cesantía.**

COADYUVACION EN LOS PLEITOS

— 55 —

La facultad de coadyuvar en una causa debe determinarse de conformidad con los artículos 474 y siguientes del Código Judicial. El mero interés económico no autoriza para la intervención de terceros como coadyuvantes. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 27 de 1940) 217, 2ª

COADYUVANTE COADYUVACION

— 56 —

De acuerdo con los términos del artículo 233 del Código Judicial un mero interés económico no es bastante

(1) Salvó su voto con interesantes consideraciones el Magistrado doctor José Antonio Montalvo.

para fundar el derecho de intervención, previsto en el artículo; se requiere la comprobación de un verdadero interés jurídico resultante de que la sentencia aproveche o perjudique, en el sentido de la ley, a la persona que trata de participar en determinado debate judicial, como coadyuvante en la defensa del actor o del demandado.

En realidad el derecho consagrado por el artículo citado puede llamarse con Chiovenda **intervención voluntaria adhesiva**. Este autor expone los principios generales a que obedece en la legislación italiana la susodicha intervención; pero en Colombia la doctrina del ilustre autor italiano no es adaptable sino en cuanto lo permita la precitada disposición procesal. En Italia la reglamentación legal permite darle a la institución de la intervención voluntaria de terceros en el juicio, la extensión que le da Chiovenda en los conceptos de este autor. El artículo 201 del Código Italiano, en que Chiovenda funda sus comentarios, dice así: "Cualquiera que tenga interés en un pleito puede intervenir en él". De esta disposición deduce aquel tratadista que hay dos clases de intervención: la que él llama voluntaria estudiada en el párrafo a que se refiere la sentencia de Casación Civil de nuestra Corte, de fecha 29 de marzo de 1938, publicada en el número 1934 de la GACETA JUDICIAL, y la **principal**, no prevista en nuestro Código y que consiste en hacer valer frente a las dos partes contendientes en el juicio un derecho propio del interventor e incompatible con la pretensión deducida en litigio por el actor. Sobre esta segunda clase de intervención versa esencialmente el artículo 201; y si de esta disposición se saca apoyo para deducir la intervención voluntaria o adhesiva, ha sido más bien por vía de jurisprudencia y en acatamiento a la tradición. En cambio, nuestro artículo 233 es completamente diferente del italiano. Nuestro artículo reproduce sin alteración el 863 del antiguo Código Judicial, cuya interpretación por la jurisprudencia colombiana siempre fue unánime en el sentido de no admitir la intervención de terceros en el juicio sino previa la demostración de su interés en el litigio, como puede verse en la resolución del 2 de abril de 1925 de la Sala de Negocios Generales de la Corte, publicada en el tomo 31 de la GACETA JUDICIAL, página 240. (Auto, Sala de Negocios Generales L., Nos. 1961, 1962 y 1963, noviembre 30 de 1940) ..... 219, 2ª y 220, 1ª y 2

Páginas

Páginas

COLECTOR

— 57 —

Es responsable el colector que remite a su superior los dineros de la Colecturía con personas extrañas por cuyo hecho o culpa se extravían. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, septiembre 20 de 1940) ..... 889, 2ª y 890, 1ª y 2ª

COMPAÑIA BANANERA

— 58 —

Véase: **Impuestos.** La sentencia de la Sala Civil de Unica Instancia del 30 de septiembre de 1940, páginas 293 y siguientes de la Gaceta Judicial, Nos. 1961, 1962 y 1963.

COMPENSACION DE CULPAS

— 59 —

El fenómeno de la compensación de culpas y la consiguiente reducción de la responsabilidad del agente por imprudencia o por error de conducta de la víctima, no puede realizarse como fenómeno natural y tener efectividad sino en casos de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana. Al efecto, el artículo 2357 hace parte integrante del Título 34, libro 4º del C. C., que sólo reglamenta esta clase de responsabilidad en sus tres grandes fases o aspectos, a saber: el de la responsabilidad delictual o cuasidelictual por el hecho personal; el de la misma por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el de la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. Aunque es verdad que en los contra-

tos también cabe culpa de una y otra de las partes y que esa concurrencia de culpa no puede pasar inadvertida ni quedar sin efectos, so pena de sacrificar la equidad, ese fenómeno no podría entenderse reglamentado por disposición que exclusivamente mira a la culpa aquiliana, sino que ha de resolverse, en su caso, a la luz de las disposiciones que regulan los contratos y que atienden a la simetría contractual. (Casación, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, diciembre 11 de 1940) . . 724, 1ª

COMPENSACION DE CULPAS

— 60 —

La gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos en que, de un lado no se discute la culpa de ambas partes, y de otro no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde según sea éste de derecho o de hecho, en el cual, en este último evento, debe aparecer de modo manifiesto en los autos. (Casación, L., Nos. 1964 y 1965, noviembre 18 de 1940) . . . . . 440, 1ª y 2ª

COMPETENCIA

— 61 —

La jurisdicción para conocer de litigios en que se trata de un contrato celebrado con la Nación está asignada por la ley a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia; mientras ella no decida sobre el punto, no puede adelantarse ninguna acción ejecutiva por razón de impuestos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940) . . . . . 926, 2ª y 927, 1ª

COMPETENCIA

— 62 —

Conforme al Decreto Legislativo número 1315 de 1936 las ejecuciones por jurisdicción coactiva, menores de quinientos pesos, son de la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito y no de la Corte, según reiterada jurisprudencia de ésta, referente a los recursos de apelación o a los incidentes de excepciones y de tercerías en esos asuntos. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, noviembre 28 de 1940) 914, 1ª

CONCURSO DE DELITOS

— 63—

Cuando hay concurso de delitos, sea formal o sea real, no se pueden sumar las penas de cada hecho, pues el sistema del **cúmulo material** que consagraba el Código de 1890, fue sustituído por el del **cúmulo jurídico o acumulación intensiva** en la nueva legislación.

La frase "hasta en otro tanto" del artículo 33 del Código Penal nuevo (lo mismo que la expresión "hasta en una tercera parte" del artículo 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla en la tercera parte, se debe tener el cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos. (Casación, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940) . . . . . 135, 1ª y 2ª

CONDICION RESOLUTORIA TACITA

— 64 —

En virtud del principio consignado en el artículo 1546 del Código Civil el acreedor de una obligación, lesionado por inejecución de ella, puede obtener la cancelación de la convención que le dio vida con el fin, entre otros de no ser constreñido a pagar la obligación que a su turno contrajo si no lo ha hecho todavía, o con el objeto de repetir sus propias prestaciones si ya las satisfizo; todo ello con la indemnización de perjuicios consiguiente. (Casación, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 16 de 1940). 68, 2ª

Páginas

CONSULTA

— 65 —

No existiendo en el Código de Procedimiento Penal precepto legal alguno que establezca la consulta para las providencias de sobreseimiento, no puede la Corte atribuírse ese grado de jurisdicción, salvo el caso del artículo 430. (Auto, Sala de Casación en lo criminal, L., Nos. 1964 y 1965, junio 1º de 1940) . . . . . 530 1ª y 2ª

CONSULTA DE AUTOS DE SOBRESEIMIENTO

— 66 —

Véase: **Autos de Sobreseimiento.** (Auto de fecha 3 de diciembre de 1940, G. J., Nos. 1964 y 1965, página 554, 1ª y 2ª)

CONTRATOS

— 67 —

Los negocios en general o, en particular, las operaciones comerciales, dan un margen lícito de ventajas que el sentenciador no puede vedar el día que ellas se vean por el lado del gravamen concomitante que sufre quien ha de cubrirlas o a cuyas expensas se logran. La ley conjura o remedia ciertos excesos, como sucede con la rescisión por lesión enorme en la compraventa, o en la aceptación de una asignación por causa de muerte en el caso de lesión grave por disposiciones testamentarias ignoradas al pronunciarla, o con las obligaciones con clásula penal cuando la pena es excesiva, o con los intereses convencionales demasiado altos (C. C., artículos 1946, 1291, 1601 y 2231, respectivamente). Lo excepcional de estos casos y recursos indica que no se podrían extender oficiosa y sentimentalmente a situaciones distintas. (Casación, Nos. 1964 y 1965, noviembre 15 de 1940) 435,

Páginas

CONTRATOS

— 68 —

Los pactos no tienen la calidad que les dan los contratantes, sino la que realmente les corresponde. (Casación, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940) 27, 1ª

CONTRATOS BILATERALES

— 69 —

Si en un contrato bilateral el contratante incumplido y en mora le niega a su contraparte el derecho, la causa y la razón para promover la acción resolutoria, la decisión del negocio en su fondo puede y debe realizarse sin fallar en capítulo previo esa excepción, porque el estudio de tal cuestión de fondo sobre el fundamento jurídico de la acción resolutoria equivale a la decisión sobre la viabilidad de la excepción mencionada. (1)

Los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial tendiente a "conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral". Las obligaciones recíprocamente contraídas, aun siendo conmutativas y onerosas, pueden ser de carácter simultáneo para ambas partes, o inmediato para una y de cumplimiento sucesivo para la otra. Tal es el caso del contrato de arrendamiento, donde las obligaciones que al arrendador impone el artículo 1986 del Código Civil, tienden naturalmente a conservar para el arrendatario el libre goce de la cosa arrendada; pero una vez cumplida la obligación primordial de hacer entrega de la cosa, las otras dos, de mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y la de librar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa, tienen el carácter de obligaciones de cumplimiento sucesivo, que deben atenderse debidamente, o a medida

(1) Concordancias: **Jurisprudencia de la Corte**, tomo 3º, número 426, y casación del 17 de diciembre de 1927.

Páginas

que se presenten los hechos que las hagan nacer. De donde se desprende que cuando las obligaciones constituyen prestaciones simultáneas cabe la "**exceptio non adimpleti contractus**", dado que ambos estipulantes están en mora por el incumplimiento de sus obligaciones sin necesidad de requerimento (Artículo 1609 C. C.). (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 24 de 1940) ..... 384, 2ª y 385, 1ª

CONTRATO DE ADHESION

— 70 —

Entre la compañía explotadora de un puente que cobra derechos de pontazgo y los particulares o pasajeros que los pagan, se crea un vínculo contractual. Es, por tanto, jurídica la decisión del tribunal sentenciador al aceptar que en ese caso se ha celebrado un contrato de adhesión, de naturaleza innominada, entre el dueño del vehículo y los pasajeros que transitan por el puente y la compañía explotadora de él. (Casación, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, diciembre 11 de 1940) .. 723, 1ª

CONTRATOS. — LIBERTAD CONTRACTUAL

— 71 —

Los artículos 15, 16 y 1602 del Código Civil consagran el principio de la libertad de estructuración en el contenido de los contratos, salvo cuando normas imperativas restringen aquella libertad por motivos superiores de ética o de orden público. Bajo nuestro régimen jurídico reglamenta la ley ciertos tipos de contrato, lo cual no impide a la iniciativa individual celebrar convenciones distintas que satisfagan necesidades no catalogadas por el legislador. En tesis general pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contratos, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija una interpretación diferente debido a su fin, específicamente articulado en la convención misma. Ya ha aceptado la Corte que en el

Páginas

cuerpo de una misma convención puede haber la combinación de diferentes tipos de contratos o prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos. Tal combinación puede ofrecer estas tres formas: 1ª unión de contratos, que puede ser simplemente externa, con dependencia unilateral o bilateral, o alternativa; 2ª contratos mixtos, que pueden ser generales, mixtos en estricto sentido o de doble tipo; y 3ª contratos típicos con prestaciones de otra especie, que se caracterizan a veces en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo. Esta prestación de otra especie, subordinada en apariencia al fin principal de la convención, pero contentiva en el fondo de otro pacto, bien puede en ocasiones tener tanta trascendencia para fijar y concretar la voluntad contractual predominante, o repugnar en forma tan manifiesta a la índole y naturaleza del contrato específico declarado, que tal cláusula o prestación por sí sola da la clave de la intención y del móvil auténtico de las partes, muy distinto en ocasiones del aparente que fluye de las otras cláusulas del pacto típico celebrado. En esos casos se impone al juzgador interpretar debidamente tal intención y móvil contenido en la clásula extraña o exótica de la convención, ya que de esa manera se puede alcanzar a precisar y a conocer la verdadera causa o motivo que indujo a la celebración del contrato. Por ese proceso de hermenéutica científica, acorde con la misión que la ciencia de las pruebas asigna al fallador, se llega al conocimiento judicial de la voluntad de las partes y de la auténtica naturaleza y alcance de las prestaciones que resultan de la convención.

Dentro de nuestro régimen contractual las partes conservan la libertad que les reconoce la ley civil para reglamentar sus pactos: en desarrollo de ese principio se puede en ocasiones ejercitar el compromiso de retracto de una compraventa mediante el pago de una cantidad inferior al precio precio previamente pagado, sin que por esta sola circunstancia pueda deducirse algo contrario a la esencia de la compraventa. (Casación. L., Nos. 1966, 1967 y 1968, marzo 25 de 1941) 824, 1º y 2ª

Páginas

CONTRATOS PARA LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL

— 72 —

En los contratos para la confección de una obra material, si uno de los contratantes no se desprendió en ningún tiempo de la propiedad de los materiales empleados, sino que siguió siendo dueño de ellos y autorizó su empleo y adaptación en las obras que se harían en terrenos propios, sin modificar el dominio o propiedad que aquel tenía sobre los elementos respectivos, resulta por ello indudable que tal contrato, en cuanto a la ejecución de las obras que hayan de verificarse, tiene para las partes el carácter de un arrendamiento, y en esta condición la pérdida de la materia suministrada, y lógica y consecuencialmente la de la obra misma, es, según la doctrina de los arts. 2053 y 2057 del C. Civil, de quien ordenó la obra y suministró la materia principal. De acuerdo con esos artículos, las materias perdidas y la obra realizada con las mismas, perecen para su dueño y no para el arrendatario o para quien, como este último, no tenía el carácter o condición de propietarios de las mismas materias u obras. Y al decir la ley que la pérdida de la materia principal recae sobre su dueño, regula también la pérdida, en su caso, de la obra efectuada con aquella materia, porque el mismo artículo 2057 habla de una y de otra cosa, sin distinguir ni modificar, para los varios casos, el alcance de la norma. Aquel principio legal tiene una excepción consistente en la responsabilidad del artífice cuando la materia perece por su culpa o por la de las personas que le sirven.

Cuando se trata de contratos para la ejecución de una obra material no es pertinente la doctrina del artículo 1730 del Código Civil, pues debe atenderse a las normas especiales consignadas en los artículos 2053 y 2057, ya citadas. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, L., números 1964 y 1965 octubre 28 de 1940) .....

Página

CONTROVERSIAS ENTRE PATRONOS Y OBREROS SOBRE EL TRABAJO

— 73 —

Véase: **Trabajo**

COPIA DE DOCUMENTOS

— 74 —

Los documentos enviados en copia por la Contraloría General de la República a un Juez de ejecuciones fiscales sobre alcances deducidos, prestan mérito ejecutivo, por tratarse de documentos auténticos .En lo que se refiere a documentos privados la regla general es que se presentan originales en los juicios y sólo en casos excepcionales, taxativamente establecidos en la ley, se admiten en copia. No habiendo ninguna disposición legal en la que se diga expresamente que el documento público llamado alcance líquido y definitivo necesita, para que preste mérito ejecutivo, figurar original en el juicio corespondiente, lo lógico y natural es aceptarlo en copia (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 16 de 1940) 187, 2

CORPORACIONES Y FUNDACIONES

— 75 —

La corporación está formada por una reunión de individuos y tiene por objeto el bienestar de los asociados ya sea físico, intelectual o moral. No persigue fines de lucro. La fundación se distingue de la corporación en que es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de educación públicas, para lo cual se destinan bienes determinados. En la fundación no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personalidad jurídica. Las personas que por ella actúan son secundarias en contraste con las que actúan en la corporación. En suma, en la corporación hay asociación de personas, en la fundación predestinación de bienes a fines sociales. (Artículo 636 del Có- 630, 1ª y sss.

Páginas

ligo Civil). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 21 de 1940) .....

COSTAS

— 76 —

La condenación en costas, que es una apreciación del juzgador respecto de la temeridad de la parte vencida en un juicio, no es materia del recurso de casación.

No se puede involucrar la liquidación de costas con la decisión definitiva del pleito, pues la técnica del procedimiento no permite hacer en la sentencia misma la estimación de ellas. Al fijarse en el mismo fallo el monto de la condenación en costas, el litigante condenado no podría acudir a los recursos que le brinda la ley para obtener una reforma en la fijación que ha hecho el juez. (Casación, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940) .....

COSTAS DE CASACION

— 77 —

La acogida de los reparos de un recurrente, aunque no determine la casación del fallo, sí lo libra de las costas del recurso, porque, de conformidad con la práctica seguida por la Corte en estos casos, ha de aplicarse por analogía el artículo 575 del Código Judicial, en la parte final del numeral primero. (Casación, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, marzo 19 de 1941) .....

COTEJO DE LETRAS

— 78 —

El dictamen pericial, en los casos de cotejo de firmas, no tiene, según el artículo 656 del C. J., el valor de plena prueba, pues no es un indicio necesario, sino un simple indicio, cuya gravedad le corresponde apreciar al juzgador, según las circunstancias especiales que rodean la prueba.

Los tratadistas de Pruebas Judiciales están de acuerdo en que la prueba resultante del cotejo de letras no puede estimarse suficiente para comprobar la falsedad de un instrumento público. El doctor Antonio José Cadavid opinaba que tal prueba constituye solamente un indicio leve. El señor Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra **Derecho Procesal**, dice: "El cotejo no es prueba suficiente y sólo sirve de base a una presunción judicial". La Sala de Casación de la Corte, en sentencia de fecha 21 de mayo de 1927, hizo consideraciones muy importantes sobre el valor probatorio del concepto de grafólogos para probar la falsedad de un instrumento público, y lo mismo en fallo del 20 de junio de 1927. De todas esas consideraciones apenas se deduce que la prueba de cotejo no constituye sino un indicio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940) .....

Páginas

198, 2ª

151 y sts.

CREDITOS INVENTARIADOS

— 79 —

Véase: **Inventarios.**

22, 2ª

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

— 80 —

Cuando el actor fija en una suma determinada la cuantía del pleito, sin objeción de la parte demandada, es ella la que influye de una manera obligatoria en los resultados de la acción y en la procedencia de todos los recursos, inclusive el de casación; mas cuando no señala una cuantía precisa, sino que expresa que "la cuantía pasa de dos mil quinientos pesos", hay entonces una duda sobre la procedencia del recurso de casación en ese caso, la cual debe resolver el Tribunal aplicando el artículo 524 del Código Judicial. (Auto, Sala de Casación Civil, L., Nos. 1964 y 1965, febrero 12 de 1941). (1) .....

778, 2ª

512, 2ª

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

— 81 —

Cuando el actor estima en una su-

(1) Concordancias: véanse los fallos que aparecen publicados en los números 1933 y 1961 a 1963 de la **Gaceta Judicial.**

Páginas

ma determinada la cuantía de la acción, sin objeción del demandado, queda fijada y cumplido el artículo 205 del Código Judicial. (Auto, Sala de Casación Civil, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 30 de 1940). (1).

CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

— 82 —

En relación con los artículos 205 y 206 del Código Judicial ha estimado la Corte en varios casos que la fijación de la cuantía en una demanda produce no sólo el efecto de determinar la competencia sino también, cuando al respecto no se hace ninguna salvedad y se estima en una suma determinada mayor de mil pesos pero menor de tres mil, que esa determinación, cuando queda en firme por no haber sido objetada en los términos del artículo 206 del código citado, es inmodificable y rige para los efectos del recurso de casación, descartando todo motivo de duda en cuanto a la fijación de la cuantía, puesto que no es lo mismo estimar una acción en dos mil pesos que en más de dos mil; en el primer caso no puede haber materia de duda, lo cual no sucede en el segundo y entonces el dictamen pericial tiene cabida de conformidad con el artículo 524 ibídem. (Auto, Sala de Casación Civil, L., números 1964 y 1965, noviembre 29 de 1940). .....

CUARTA DE MEJORAS

— 83 —

En toda sucesión a la que sólo concurran descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos, la cuarta de mejoras constituye una asignación forzosa, pero reconociéndole al causante o testador cierta libertad e iniciativa en su disposición, ya que puede asignar libremente a uno o varios de tales descendientes,

Páginas

aun cuando no sean legitimarios. (Artículo del C. C., hoy 23 de la Ley 45 de 1936). (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940). 105, 1ª

11, 2ª

CUARTAS DE MEJORAS Y LIBRE DISPOSICION

— 84 —

Instituído un hijo legítimo del testador como heredero de este en todos sus bienes, a tiempo que el testador pasó por alto otros dos hijos legítimos suyos que dejaron descendencia legítima, tiene derecho aquel a reclamar para sí las cuartas de mejoras y de libre disposición sin menoscabar las legítimas de los otros legitimarios. (Casación, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940)..... 106, 1ª y 2ª

CUENTAS ANTE LA CONTRALORIA

— 85 —

Las omisiones que hayan ocurrido en un juicio de cuentas promovido por la Contraloría, son alegables en segunda instancia ante el Consejo de Estado y no ante la Corte Suprema de Justicia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 16 de 1940) 190, 2ª

455, 2ª

CULPA DE LA VICTIMA

— 86 —

El principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima está expresado en esta fórmula: **Volenti non fit injuria**, respecto de la cual observa Lalou que si la víctima por su consentimiento ha aceptado un riesgo, no puede luégo quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación. Por su parte Savatier observa a su turno que todo hombre en posesión de sus facultades se considera que conoce sus deberes legales y morales y si viola uno de ellos no puede pretenderse exento de culpa alegando que ignoraba tal principio. Por eso el artículo 2357 del Código Civil, a tono

(1) Salvaronu su voto los Magistrados doctores Isaías Cepeda y Hernán Salamanca.

Páginas

con la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, se refiere no sólo a quien voluntariamente acepta un riesgo sino a quien se expuso a él imprudentemente. Ahora bien: el conocimiento o aviso del riesgo o peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o no la culpa de la víctima y ese elemento entraña en cada caso una cuestión de hecho que debe estimarse ante las pruebas del proceso y que no permite sentar ninguna regla general sobre el particular, porque cada caso entraña por su naturaleza una cuestión distinta y, por lo tanto, una solución diversa .(Casación, L., números 1964 y 1965, noviembre 18 de 1940) . . . . . 442, 1ª y 2ª

CUPONES DE DEUDA

— 87 —

Los cupones de deuda, emitidos por entidades públicas o privadas, son instrumentos negociables al tenor del artículo 3º de la Ley 46 de 1923. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1964 y 1965, octubre 15 de 1940)

D

DECLARACION DE ESTADO

— 88 —

El principio de que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas y que no perjudican sino a los que litigaron y a sus derecho-habientes, sufre como excepción los casos en que el fallo profiera una declaración de estado. (Artículos 401, 1303 del Código Civil). (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 8 de 1940) 582, 2ª

DECLARACIONES DE TESTIGOS

— 89 —

No es el número de declarantes lo que da el valor probatorio única y exclusivamente a la prueba testimonial, sino las condiciones y calidad de los testigos, y de ahí el principio del artículo 702 del Código Judicial que da a los juzgadores la facultad de apreciación al respecto dentro de las normas de la crítica jurídica. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, febrero 25 de 1941) 752, 1ª

DECRETO ACUSADO Nº 358 DE 1940, "POR EL CUAL SE MODIFICA LA COMPOSICION DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION Y DISCIPLINA"

— 90 —

No es inexequible el artículo 1º de ese Decreto, ni el artículo 3º del mismo. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941). . . . . 695, 2ª y 696, 1ª

DECRETOS ACUSADOS NUMEROS 658 Y 2474 DE 1936

— 91 —

Habiendo sido derogados estos decretos por medio del Decreto número 1706 de 9 de septiembre de 1940, que reglamentó de nuevo el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, no hay materia sobre la cual haya de recaer el fallo de la Corte, pues ha sido reiterada jurisprudencia suya la de que si al tiempo de fallar ya no existe el acto cuya inconstitucionalidad se demanda, carece de toda razón de ser el hecho de proceder a decidir si él puede o no cumplirse. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1964 y 1965, diciembre 5 de 1940) 333, 2ª

DECRETO ACUSADO NUMERO 750 DE 16 DE ABRIL DE 1940, SOBRE QUIEBRAS

362, 1ª

— 92 —

Declaró la Corte que no era el caso de decidir acerca de su exequibilidad o inexequibilidad por no haber sido planteada la demanda de inexequibilidad en la forma legal. (Auto, Sala Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 28 de 1941) 710, 2ª

Páginas

DECRETO ACUSADO, Nº 1078 DE 1940, EN SU ARTICULO 3º

— 93 —

Aunque los magistrados del Consejo de Estado y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo forman un cuerpo administrador de justicia y creador de doctrina administrativa, sin embargo, no caben dentro de la definición restrictiva y enumerativa que legalmente corresponde al órgano judicial y no están, por tanto, amparados por la garantía especial que consagra el artículo 160 de la Constitución, cuyos términos de carácter restrictivo no pueden ampliarse en favor de otros empleados, cualquiera que sea su naturaleza. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, L., números 1966, 1967 y 1968, febrero 20 de 1941) 658, 2ª

DECETO ACUSADO Nº 1270 DE 21 DE JULIO DE 1931 EN SU ARTICULO 37

— 94 —

No es inexequible la parte acusada del artículo 37 del Decreto número 1270 del 21 de julio de 1931, que dice: "Se entenderán como hechas simultáneamente las propuestas presentadas el mismo día". (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941) . . . 700, 2ª

DECRETOS ACUSADOS NUMEROS 1343 DE 22 DE JULIO DE 1937, SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE MINAS DE ALUVION DE METALES PRECIOSOS, Y 836 DE 11 DE MAYO DE 1938, SOBRE CENSO DE LA PROPIEDAD MINERA

— 95 —

Hasta el año de 1905 pudieron ser enajenadas por el Estado las minas de metales preciosos situadas en las riberas de los ríos navegables; pero en ese año, por Decretos números 1112 de 19 de septiembre y 1328 de 16 de noviembre, prohibió el gobierno hacer adjudicaciones de minas en los lechos de los ríos navegables. Ratificó la misma reserva la Ley 72 de 1910 y la 37 de 1937 estableció la reserva sobre las minas de aluvión de las riberas de los ríos navegables. Naturalmente los poseedores de minas adjudicadas legítimamente antes de esos decretos y leyes mantienen todavía hoy incólume su derecho a ellas.

El artículo 24 del Decreto reglamentario número 1343 peca doblemente contra la ley fundamental, porque por una parte coloca bajo la potestad de los órganos administrativos la función de juzgar sobre cuestiones concernientes al derecho de propiedad minera, y por otra, extralimitando la órbita del reglamento, estatuye un ordenamiento de tal trascendencia que equivale a verdadera ley, cuya expedición es de la privativa competencia del legislador, más no del gobierno. Ese artículo da al gobierno una jurisdicción especial no prevista en ninguna ley para dirimir un litigio sobre validez de títulos en el cual el Estado es una de las partes interesadas, e invade así la órbita del Poder Judicial. Ese proceso termina lógicamente en el desposeimiento por la simple vía administrativa del poseedor cuyos títulos no alcancen, en el concepto del ministerio respectivo, a darle la posesión regular. De esta manera pretermite el Estado las respectivas acciones posesorias para recuperar una posesión que él mismo dio a terceros, cuando podía darla, o la acción ordinaria para reivindicar. El poseedor vencido queda así, por obra de una simple resolución ministerial, sin respaldo en la ley, calificado de poseedor irregular con las consecuencias que en lo administrativo, le trae esta calificación y, por ende, obligado a convertirse en el demandante del Estado, cuando según el régimen legal que lo ampara es el Estado, si cree tener mejor derecho a la posesión de la mina, el que debe demandarlo por las vías preestablecidas con el fin de hacer declarar los vicios que invalidaban la adjudicación o la reincorporación al patrimonio público de la mina por no haberse pagado satisfactoriamente las respectivas anualidades o no estar la mina redimida a perpetuidad, en armonía con los re-

Páginas

quisitos legales. Ese artículo 24 le otorga así al gobierno, por simple disposición reglamentaria, una competencia que por la ley no le pertenece. Esta jurisdicción da al gobierno, con pretermisión de los trámites que el legislador creó para ello, el poder de juzgar y examinar materias referentes al ramo civil, como el derecho que los particulares aleguen sobre la propiedad minera. Ese artículo viola el 52 de la nueva Codificación Constitucional y el 115 de la misma, y es también violatorio inmediatamente del artículo 22.

El capítulo X del Decreto número 836 de 1938, a que pertenecen los artículos acusados, no tiene otro objeto que el de hacer posible el levantamiento del censo de las minas pertenecientes a la reserva nacional establecida por medio del Decreto 1328 de 1935 y las Leyes 72 de 1910 y 13 de 1937, tanto para información del gobierno que de este modo se capacita mejor para su función administradora, como para hacer efectiva dicha reserva nacional, impidiendo, dentro de una obvia atribución constitucional, que minas ubicadas dentro de la reserva como cualquier bien fiscal correspondiente a la Hacienda Nacional, fueran objeto de adjudicaciones ilegales y nulas o de explotaciones indebidas o fraudulentas, ya que no basta la simple voluntad nacional de conservar la reserva minera, expresada en la fórmula de la ley, sino que es preciso e indispensable proveer a su realización efectiva, a la debida ejecución de la ley, a lo cual se destinan las actividades y gestiones de las autoridades administrativas de la rama ejecutiva, a que se refieren las diversas disposiciones del decreto. De esta manera se complementa la función fundamental de la autoridad para proveer a la defensa del patrimonio nacional, sin menoscabo de ningún derecho legítimo de nadie. Los artículos acusados no vulneran ninguno de los artículos de la Carta, con excepción del segundo inciso del artículo 56, pues es evidente que por un Decreto Ejecutivo no se puede autorizar la suspensión de términos que el órgano legislativo haya señalado para el ejercicio de determinadas gestiones, como la de la adjudicación de minas conforme al código del ramo. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, febrero 21 de 1941). (1) ..... 664, 1ª y 2ª y ss.

DECRETO ACUSADO Nº 1380 DEL 17 DE JULIO DE 1940, SOBRE EXPEDICION DE PATENTES Y LICENCIAS A LOS TRIPULANTES DE EMBARCACIONES FLUVIALES

— 96 —

El decreto acusado no altera ni modifica los órganos del Poder Público ni su constitución, ni al expedirlo el presidente invadió el campo de los otros órganos, que tienen funciones limitadas, sino que ejercitó una facultad constitucional, como es la de distribuir los negocios de que conocen los ministerios y departamentos administrativos según sus afinidades con cada ministerio o departamento; de suerte que atribuir a cada ministerio o departamento los negocios de que debe conocer por medio de decretos, es una facultad presidencial reconocida por la Constitución, que no está sometida en su ejecución, o limitada sino a la afinidad de los negocios, lo que vale decir que el presidente puede a su arbitrio distribuir los negocios entre los distintos ministerios sin más restricciones que sus afinidades. La expedición de patentes de navegación y licencia a los tripulantes de embarcaciones fluviales no pugna con el fin y el giro ordinario del Ministerio del Trabajo, Higiene y

(1) Salvaron su voto a esta sentencia los Magistrados doctores Campo Elías Aguirre, Isaías Cepeda, José Miguel Arango, Absalón Fernández de Soto, Ricardo Hinestrosa Daza y Hernán Salamanca, "en cuanto se declara inexequible el art. 24 del decreto número 1343 de 22 de julio de 1937", y los magistrados Aníbal Cardoso Gaitán, Juan A. Donado, Liborio Escallón, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo y Arturo Tapias Pilonieta, "en cuanto se abstiene de declarar la inexequibilidad de los artículos 46 y 58 del decreto número 636 de 11 de mayo de 1938".

Páginas

Previsión Social. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 26 de 1941) .....

DECRETO ACUSADO Nº 2310 DE 1938

— 97 —

Habiendo sido abrogado el Decreto 2310 de 1938 por el Decreto número 1299 de 8 de junio de 1940, nada hay que resolver sobre la acusación de aquel por sustracción de materia, pues como lo tiene sentado la Corte en reiterada jurisprudencia "para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia". (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1964 y 1965, noviembre 5 de 1940) ..... 330 y ss.

DECRETO ACUSADO POR INCONSTITUCIONALIDAD

— 98 —

Es doctrina reiteradamente sostenida por la Corte la de que cuando un decreto acusado tiene por fundamento una ley, sin que se aparte de ella, no es posible entrar a examinar la inconstitucionalidad del decreto acusado si no se acusa, a la vez, la ley correspondiente. La Corte reafirma esta doctrina. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941) .....

DECRETOS EMANADOS DEL ORGANO EJECUTIVO

— 99 —

Teniendo en cuenta los preceptos constitucionales y legales respectivos, pueden dividirse en cinco clases los decretos emanados del Organo Ejecutivo, a saber:

"I. Decretos legislativos propiamente dichos, llamados así por el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, que son los que dicta el gobierno en virtud de autorización constitucional, en caso de guerra exterior o de conmoción interior, mediante declaración de haberse turbado el orden público en toda la nación o en parte de ella. Tales decretos deben llevar las firmas de todos los ministros y el gobierno no puede, por medio de ellos, 706, 1ª derogar o modificar las leyes existentes, sino suspender simplemente las que sean incompatibles con el estado de sitio. Esos decretos dejan de regir tan pronto como se ha declarado restablecido el orden público.

"II. Decretos con fuerza de leyes, llamados por los comentadores decretos-leyes, o decretos de carácter extraordinario, que son los que dicta el gobierno en uso de precisas facultades extraordinarias, cuando de ellas lo reviste el Congreso, **pro tempore**, porque la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen (ordinal 9º del artículo 69 de la Carta). Estos decretos deben dictarse dentro del límite de las facultades concedidas, pero se acepta que tienen el carácter, la fuerza y la virtualidad de las leyes; por ellos pueden reformarse, suspenderse y aun derogarse las leyes existentes que se opongan a los fines para los cuales se concedieron las facultades extraordinarias; no necesitan llevar las firmas de todos los ministros, sino la del presidente y la del ministro o los ministros que representen el ramo correspondiente, y rigen hasta cuando el Congreso, o el gobierno, en uso de nuevas facultades extraordinarias, los modifiquen, suspendan o deroguen. Consideran los tratadistas que en este caso ,más que una delegación de funciones, el Con- 699, 2ª greso, mediante expresa autorización constitucional, amplía las funciones del Organo Ejecutivo, o le atribuye una competencia que sin las facultades extraordinarias no tendría.

"III. Decretos que dicta el gobierno basado en una autorización especial y expresa, de carácter ordinario, que le concede el Congreso en uso de la atribución 8ª del artículo 69 de la Constitución, como cuando lo faculta para reorganizar un ministerio, determinar las dependencias que debe tener, el número de empleados, las atribuciones y asignaciones, etc.... Tales decretos no son propiamente reglamentarios, sino que tienen también fuerza de leyes y el gobierno no podría reformarlos, suspenderlos o derogarlos sino de acuerdo con nueva autorización del Congreso, como no

Páginas

podría tampoco, una vez usada la facultad concedida, hacer nuevo uso de ella. En este caso puede decirse también que el Congreso amplía la competencia del Organo Ejecutivo, o le atribuye funciones que de otro modo no tendría.

"IV. Decretos reglamentarios, que dicta el gobierno en uso de la atribución que le concede el ordinal 3º del artículo 115 de la Constitución. Respecto de ellos ha dicho la Corte: 'El gobierno, al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; él no puede variar en lo mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que la reglamenta'. (Jurisprudencia de la Corte, tomo II, números 648 y 1906).

"V. Decretos que podrían llamarse simplemente ejecutivos, que dicta el gobierno para ejercer funciones constitucionales o legales, verbigracia, sobre nombramiento de empleados. Entre éstos pueden incluirse, para no formar una clase distinta, los que dicta solo el presidente de la república, sin la firma de ninguno de los ministros: los relativos al nombramiento o remoción de ministros (artículo 120 de la Constitución)". (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941) ... 694, 2ª y 695, 1ª y 2ª

DEFUNCION

— 100 —

Para demostrar la inexistencia de la prueba principal de la defunción de una persona ocurrida en un accidente desgraciado, deben cumplir los herederos o las personas que hallen el cadáver el requisito de que tratan los artículos 356 y 358 de la Ley 57 de 1887 y dar el aviso de rigor al notario respectivo, a fin de preconstituir la prueba de esa situación anormal y abrir el camino para que pueda aceptarse la prueba supletoria de la defunción.

El trámite legal a que alude el artículo 97 del Código Civil sólo es de riguroso cumplimiento cuando una persona ha desaparecido repentinamente de su domicilio, ignorándose su paradero por no dejar noticia alguna del lugar de su destino, y sin que haya otros medios eficaces y de posible aplicación para averiguarlo. Tal cosa ocurre solamente en casos en que el desaparecido ha tenido especial cuidado en ocultarse sin dejar huellas, o cuando es víctima de algún accidente cuya realización y consecuencias se ignoran. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, diciembre 11 de 1940). 718, 2ª y 719, 1ª y 2ª

DELEGACION DE FUNCIONES PRESIDENCIALES

— 101 —

El Art. 135 de la Constitución de 1886 autorizaba la delegación de funciones presidenciales sin exigir que éstas fueran detalladas expresa y minuciosamente. La frase "según lo disponga el presidente", era de suyo tan amplia que no sólo autorizaba la delegación de ciertas y determinadas funciones presidenciales para el estudio y decisión de negocios especiales, sino que también daba pie para dejar encargado a uno de los ministros del despacho de los asuntos más importantes y urgentes de la administración. La disposición del artículo 67 de la Ley 4ª de 1913 mal podía considerarse como limitativa de un texto claro y expreso de la Constitución. Ese mandato legal, frente al artículo 135 de la Constitución de 1886, debía entenderse subordinado a la norma constitucional y, por lo tanto, interpretarse en el sentido de que la delegación de las funciones presidenciales debía ser detallada expresa y minuciosamente sólo cuando tal delegación se concretaba a uno o varios negocios conocidos de antemano. Así, pues, cuando el presidente de la república delegaba en alguno de sus ministros sus funciones para asuntos importantes y urgentes que aquel no podía atender por causa de viaje, verbigracia, la delegación era perfectamente lícita de acuerdo con la constitución nacional y no había necesidad

Páginas

para su validez de detallar las funciones delegadas. En tales circunstancias la aprobación que el ministro delegatario daba a un contrato considerado como asunto importante y urgente de la administración, era perfectamente válida al tenor del texto constitucional. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 30 de 1940).

DEMANDA

— 102 —

En tesis general no halla la Corte que se pueda demandar una declaración sobre ineficacia de una oposición escuetamente, sin indicación del motivo. Para plantear la controversia y, por ende, señalar lo que ha de formar su materia y objetivo, que es base esencial y punto de partida del mayor predicamento para una y otra de las partes litigantes y para el juez que conduce el litigio y ha de sentenciarlo, hay que precisar lo que se pretende y por qué se pretende. (Casación L., números 1964 y 1965, octubre 29 de 1940) . . . . . .

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

— 103 —

No puede considerarse una demanda de inexequibilidad que ataca un decreto acusado globalmente, colocando bajo la tacha de inconstitucionalidad todas sus disposiciones, sin señalar precepto constitucional alguno como quebrantado por ellas o por una siquiera de ellas. Es necesario en demandas de esta naturaleza citar las disposiciones constitucionales que el acusador repute infringidas y trascribir las disposiciones acusadas, como lo ordena la Ley 96 de 1936. (Auto de la Sala Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 28 de 1941) . . . . . .

DEMANDA DE RECONVENCION

— 104 —

Con la demanda de reconvención, según Chiovenda, el demandado tiende a obtener la actuación en favor propio de una voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independientemente de la desestimación de la demanda del actor. Por tanto, con la reconvención, la relación procesal adquiere un contenido nuevo que habría podido formar objeto de una relación procesal separada. Con la demanda de reconvención se persigue debilitar o frustrar la acción principal. Pero cuando a ella no se han traído pruebas distintas de las provocadas durante la litis-contestatio sobre que versa el negocio principal, el examen de las pruebas de éste influye por igual en el fallo de la demanda y de la reconvención. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, L., números 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940) .

Páginas

260, 1ª y 2ª

942, 2ª y 943, 1ª

DEMANDA Y SU INTERPRETACION

— 105 —

407, 1ª Véase: **Interpretación de la demanda.** (Casación del 27 de febrero de 1941, números 1966, 1967 y 1968, G. J., página 761, 2ª).

DEMENTES Y MENORES DE 10 AÑOS Y SU AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

— 106 —

La disposición del artículo 2346 del Código Civil se refiere solamente a estos hechos ilícitos considerados como fuentes de obligaciones civiles, para lo cual es indispensable su imputabilidad moral al responsable de ellos, pues presuponen que su autor ha obrado voluntariamente teniendo el uso de su razón y la libertad suficiente. Desde el punto de vista y para los efectos del artículo 1494 del Código Civil, se explica y justifica que el delito y el cuasidelito de los dementes y menores de diez años sean estériles para la responsabilidad personal civil de sus autores, porque carecen de los elementos morales para la imputación del hecho. (Casación,

709, 1ª

Páginas

L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 15 de 1941) .....

DERECHO DE CESANTIA

— 107 —

Ni la pensión a que tienen derecho los obreros de una empresa ferroviaria, de confromidad con el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, ni el derecho de cesantía que protege a los empleados particulares en el caso del ordinal c), del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, pueden considerarse como accesorios del sueldo que devenga el empleado; el sueldo es tomado como punto de referencia para fijar el monto de la pensión del auxilio, pero para nada más. Tanto la pensión como el auxilio se consideran como una prestación a que está obligado el empleador o patrón, independientes del sueldo, y como una garantía al empleado que ha servido a una empresa durate cierto lapso, veinte años, que ha sido despedido de aquella en las circunstancias establecidas al efecto por la ley.

Altas razones de justicia y equidad dan base a las normas legales citadas. El derecho a la pensión entra dentro de la categoría del orden público y, por lo tanto, es irrenunciable y no puede ser materia de convención entre las partes para disminuirla; lo mismo puede decirse del derecho de cesantía, porque se informa en los mismos principios que dan base al reconocimiento de las pensiones de ciertos empleados. El derecho de cesantía no es, pues, accesorio del sueldo que devenga el empleado, sino una indemnización, y se inspira en un alto concepto de protección individual y social, puesto que a la sociedad no le es indiferente el desamparo del obrero y de su familia. Ese derecho capacita al obrero para atender a sus propias necesidades y a las de su familia mientras consigue nuevo trabajo, lo ampara contra la desvalidez y el desempleo y constituye, como la pensión, una retribución o una compensación y, en ciertos casos, una indemnización por el trabajo y los servicios prestados, de modo que no pue-

Páginas

de considerarse como accesorio del 793, 1ª sueldo. (Casación, L., números 1961, y 2ª 1962 y 1963, agosto 31 de 1940). 20, 2ª y 21, 1ª

DESISTIMIENTO DE ACCIONES PUBLICAS

— 108 —

Es inadmisible el desistimiento cuando se trata del ejercicio de una acción de carácter público, es decir, de algo en que está interesado el orden público, como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte interpretando el artículo 14 de la Ley 25 de 1928. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1964 y 1965, noviembre 5 de 1940) 329, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 109 —

Aunque del dictamen pericial se dé traslado a las partes y se apruebe, él no tiene por sí la virtud de dar eficacia legal a una prueba que no se ha surtido legal o debidamente, y menos puede llenar los vacíos o irregularidades en que se incurrió al producirla. (Casación, L., números 1964 y 1965, diciembre 12 de 1940) 494, 2ª

DOCUMENTOS

— 110 —

Es norma aceptada por la jurisprudencia que, cuando los documentos creados están autorizados por testigos, "si éstos declaran en la forma ordinaria que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento o que ella les pidió que firmaran como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte, debe presumirse la autenticidad del documento y consiguientemente la verdad de lo que se expresa en el escrito, con sus consecuencias necesarias, a menos que se pruebe la falsedad de la obligación que contiene el documento". (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 21 de 1940) ... 378, 1ª

Páginas

DOCUMENTOS PUBLICOS

— 111 —

Cuando en la creación del documento interviene un funcionario público ejercitando un acto que le está atribuído por ley o reglamento, el documento adquiere la categoría de público, no importa que esté destinado a dar fe de un contrato entre la administración y un particular. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1964 y 1965, octubre 23 de 1940). 591, 2ª

DOCUMENTOS REDARGUIDOS

— 112 —

Se redarguye de falso un documento o se le objeta cuando se niega la verdad, legitimidad o autenticidad que se le atribuye, o cuando se alega cualquiera de las falsedades o defectos que lo hacen ineficaz o nulo. La objeción se hace, debe hacerse, manifestando la parte contra quien se produce, de una manera expresa y directa, que no reconoce en él las cualidades que se suponen, y se determinarán en el escrito los vicios o las faltas que contenga. (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 21 de 1940). 377, 2ª

E

EDAD DE UNA PERSONA

— 113 —

Aunque en determinadas circunstancias puede constituir la edad de una persona un elemento fundamental para conocer y precisar un estado civil, de eso no puede concluirse que siempre que se requiera evidenciar en juicio la edad de una persona tal exigencia de orden meramente procesal, que mira especialmente a su capacidad para adquirir derechos o para obligarse, se identifique con su estado civil y sea de necesidad acudir a los medios probatorios operantes del estado civil para establecer judicialmente la edad de una de las partes.

La edad de una persona puede establecerse de conformidad con los medios señalados por el artículo 400 del Código Civil, o por medio de presunciones simples, deducidas y reconocidas por el juzgador, cuando tales presunciones se originan de hechos indiciarios que al ser analizados guardan la debida coordenación entre sí, y aunque no alcancen a ser necesarios sí sean graves, precisos o conexos de modo de que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. (Art. 665 C. J.). (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 29 de 1940) 401, 2ª

EJECUCION

— 114 —

Para librar ejecución se requiere, según mandato de la ley procesal, que la obligación materia de la demanda sea **expresa, clara y exigible.** La claridad de la obligación debe estar no sólo en la forma exterior del documento respectivo, sino, más que todo, en su contenido jurídico de fondo. Pero como la obligación es un ente complejo, que abarca varios y distintos elementos: objeto, sujeto activo, sujeto pasivo, acción, la claridad de ella ha de comprender todos sus elementos constitutivos. Tampoco debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 982 del C. J., para que un acto o documento preste mérito ejecutivo debe constituir por sí solo plena prueba de la obligación respectiva. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1964 y 1965, octubre 28 de 1940) 594, 1ª

EJECUCION

— 115 —

Según lo determina el segundo inciso del artículo 982 del Código Judicial, las obligaciones que pueden perseguirse ejecutivamente son las de hacer, las de entregar una especie o cuerpo cierto o bienes de género, y las de pagar una cantidad líquidad de dinero. Cuando de estas últimas se trata, la cantidad líquida de dinero debe estar representada por un guarismo cierto, o ser susceptible cuando menos, de determinarse cierta-

Páginas

nente, con base exclusiva en los mismos datos que ofrezca el instrumento en que consta la obligación, y libre absolutamente de toda clase de deducciones. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967 y 1968, julio 13 de 1940) 852, 1ª

EJECUCION POR JURISDICCION COACTIVA

— 116 —

Para poder librar mandamiento de pago se deben tener en cuenta la jurisdicción del juez y las formalidades de fondo y externas del título ejecutivo. Además de la existencia de un título que preste mérito ejecutivo para que prospere la acción ejecutiva, deben estar determinados, de una manera cierta, los sujetos activo y pasivo de la acción. Ya la Sala tiene sentada jurisprudencia en el sentido de que en las ejecuciones que se siguen por jurisdicción coactiva contra las personas jurídicas de derecho privado debe comprobarse previamente su existencia y la personería de su representante. También ha dicho la Sala que en tales juicios "la prueba acerca de la personería del demandado ha de producirse con anterioridad a la demanda y aducirse con ella; por eso el artículo 232 del Código Judicial no es aplicable a esta clase de juicios". (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967 y 1968, agosto 8 de 1940) ..... 874, 2ª y 875, 1ª

EJECUTADO

— 117 —

Cuando la parte ejecutada es múltiple no es posible seguir legalmente el juicio con uno solo de los ejecutados mientras no se haya hecho el requerimiento de pago a todas las personas que componen esa parte. En la hipótesis de que al demandado requerido de pago se le hubiesen embargado bienes respecto de los cuales se hubieran cumplido las diligencias de depósito y avalúo, no podría ese demandado, si existen codemandados, después de fallarse desfavorablemente sus excepciones, solicitar que se citara para sentencia de pregón y remate, con apoyo en el artículo 1029 del Código Judicial. Eso no puede hacerse sino cuando respecto de los demás ejecutados se han llenado las correspondientes diligencias del juicio, entre las cuales está primeramente la notificación del auto ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967 y 1968, julio 15 de 1940) ..... 854, 1ª y 2ª

EMBARGO

— 118 —

El respectivo embargo de la cosa que se persiga en los juicios que han de ser materia de la acumulación, debe preceder a ésta. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, agosto 20 de 1940) 877, 2ª

EMBRIAGUEZ VOLUNTARIA

— 119 —

La embriaguez voluntaria, aunque haya producido el estado de crisis alcohólica durante el cual se ejecutó el hecho criminoso, es solamente una circunstancia de menor peligrosidad ante la ley penal nueva y no una circunstancia agravante, como decía el Código Penal de 1890. (Casación, L., números 1964 y 1965, diciembre 5 de 1940) 560, 2ª

EMPLEADOS DE MANEJO

— 120 —

Los empleados de manejo son responsables no sólo por sustracción dolosa, apropiación o malversación de fondos públicos, sino por egresos irregulares, esto es, no ceñidos estrictamente a las normas legales de orden fiscal que rigen la materia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 16 de 1940) 190, 1ª

EMPLEADO PUBLICO NOMBRADO

— 121 —

Aunque el decreto de nombramien-

Páginas

to de un empleado público es el punto de partida de sus distintas obligaciones, el hecho de no haberse comprobado no da lugar a una excepción en juicio si aparece que tomó posesión del cargo y que lo ejerció. Tal ha sido la jurisprudencia de la Sala, la cual se funda en el artículo 252 del Código de Régimen Político y Municipal. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1964 y 1965, octubre 15 de 1940) .....

EMPLEADOS Y OBREROS O TRABAJADORES

— 122 —

La Ley 10 de 1934 establece la distinción entre empleados y obreros o trabajadores. La calidad de empleado la define en función de la realización de un trabajo por cuenta de otra persona o entidad en virtud de remuneración o sueldo fijo. El Decreto número 652 de 1935, que la reglamenta, dice, de acuerdo con ella y más detalladamente, qué se entiende por empleado particular, agregando a lo dicho que no importa la cuantía ni la forma en que se pague el sueldo o remuneración para considerar **empleado** a quien trabaja en la forma referida (artículo 1º), y dice en la definición de obrero (artículo 2º), que el carácter de éste "implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales", después de advertir que obrero es quien ejecuta por cuenta de otro una **labor material.** Las controversias a que da lugar el contrato de trabajo se tramitan en forma breve y sumaria, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 45 de 1939. (Casación, L., Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 12 de 1940) .....

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

— 123 —

El enriquecimiento sin causa no está expresamente determinado entre las fuentes de las obligaciones que enumera y señala nuestro Código Civil, pero esta circunstancia no ha sido óbice para que la jurisprudencia nacional haya admitido el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones civiles cuando tal fenómeno se verifique sin causa jurídica que lo justifique, esto es, que no sea la consecuencia de un acto jurídico, sino de un hecho no jurídico, puesto que excluye toda idea de consentimiento contractual entre las personas en quienes se produce el desequilibrio de las prestaciones. En diver-
588, 1º sas sentencias de casación, especialmente en la fechada el 19 de noviembre de 1936 (páginas 471 a 476 del tomo XLIV de la G. J.), ha señalado la Corte los elementos esenciales que integran jurídicamente el enriquecimiento torticero y ha delimitado el alcance y procedencia en el ejercicio de la acción destinada a impedirlo. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940) 39, 2ª y 40 1ª y 2ª

ESTADO CIVIL

— 124 —

La prueba supletoria del estado civil sólo es conducente cuando se demuestra **la falta** de la principal. (1). (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 26 de 1940) 215, 1ª

ESTADO CIVIL Y PETICION DE HERENCIA

— 125 —

Véase: **Petición de herencia y estado civil.**

EXCEPCIONES

— 126 —

47, 2ª Las excepciones deben estar basadas en hechos. No basta tener derecho, sino que es indispensable, a más de saberlo alegar, probar los hechos en que se funda. De nada sir-

(1) Concordancia: véase la sentencia de casación que aparece en el número 1897 de la **Gaceta Judicial**, página 135, 2ª.

chos en que se funda. De nada sir-

Páginas

e estar amparados por un derecho erfecto si los hechos que lo generan o aparecen respaldados en los au- os con las pruebas pertinentes. Es ue los hechos son la fuente del de- echo. Este se reconoce por aquellos sólo por ellos puede tener una apli- ación exacta. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1966, 967 y 1968, mayo 29 de 1940) . . 846, 2ª

EXCEPCIONES

— 127 —

La excepción basada en cualquier echo que pueda resultar probado de utos es inadmisible cuando no se ex- resa desde el principio el hecho que a sustenta. (Sentencia, Sala de Ne- ocios Generales, L., números 1966, 967 y 1968, julio 24 de 1940) 870, 1ª

EXCEPCIONES

— 128 —

Entre las excepciones que se pre- enten en un juicio ejecutivo no es dmisible la que no concrete desde el rincipio los hechos en que se funda. Así lo exigen la precisión y la lealtad n debates de esta naturaleza. (Sen- encia, Sala de Negocios Generales, ., números 1966, 1967 y 1968, sep- iembre 19 de 1940) .....

EXCEPCIONES

— 129 —

La Corte tiene reiterada jurispru- lencia en el sentido de que todo he- ho exceptivo en los juicios ejecuti- os debe precisarse desde el principio, o siendo por tanto aceptado el que e presenta en forma vaga e impre- isa. (Sentencia, Sala de Negocios enerales, L., números 1961, 1962 y 963, agosto 16 de 1940) .....

EXCEPCIONES

— 130 —

Es innocuo presentar una excepción eneral consistente en todo hecho ue resulte probado de autos, pues en l memorial de excepciones hay obli- gación, como lo tiene sentado la Corte, de concretar los hechos en que se hacen consistir, debido a que el art. 343 del Código Judicial es inaplicable al juicio ejecutivo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940) 240, 2ª

EXCEPCIONES

— 131 —

No puede resolverse un incidente de excepciones mientras no haya juicio ejecutivo, y no lo hay, conforme al artículo 981 del Código Judicial, mientras no se notifique al ejecutado el mandamiento de pago. Cuando la parte ejecutada se compone de varias personas han de estar notificadas todas para que se cumpla la exigencia legal. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1964 y 1965, septiembre 28 de 1940) 580, 2ª

EXENCION DE IMPUESTOS

— 132 —

La facultad sobre exención de impuestos está contenida en los Decretos legislativos números 34 y 46 de 1905, ratificados por las Leyes 17 y 15 del mismo año, así como en la Ley 49 de 1904. Solamente hasta el año de 1906 el Decreto legislativo número 46 prohibió la estipulación de exención de impuestos nacionales. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940) ..... 885, 2ª / 926, 1ª y 2ª

EXENCION DE IMPUESTOS

— 133 —

Véase: IMPUESTOS. La sentencia de la Sala Civil de Unica Instancia del 30 de septiembre de 1940, páginas 293 y siguientes de la Gaceta Judicial, números 1961, 1962 y 1963. 191, 1ª

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRATUS

— 134 —

Si en un contrato bilateral el con-

tratante incumplido y en mora le niega a su contraparte el derecho, la causa y la razón para promover la acción resolutoria, la decisión del negocio en su fondo puede y debe realizarse sin fallar en capítulo previo esa excepción, porque el estudio de tal cuestión de fondo sobre el fundamento jurídico de la acción resolutoria equivale a la decisión sobre la viabilidad de la excepción mencionada. (1)

Los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial tendiente a "conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral". Las obligaciones recíprocamente contraídas, aun siendo conmutativas y onerosas, pueden ser de carácter simultáneo para ambas partes, o inmediato para una y de cumplimiento sucesivo para la otra. Tal es el caso del contrato de arrendamiento, donde las obligaciones que al arrendador impone el artículo 1986 del Código Civil, tienden naturalmente a conservar para el arrendatario el libre goce de la cosa arrendada; pero una vez cumplida la obligación primordial de hacer entrega de la cosa, las otras dos, de mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada y la de librar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa, tienen el carácter de obligaciones de cumplimiento sucesivo, que deben atenderse debidamente, o a medida que se presenten los hechos que las hagan nacer. De donde se desprende que cuando las obligaciones constituyen prestaciones simultáneas cabe la **"exceptio non adimpleti contractus"**, dado que ambos estipulantes están en mora por el incumplimiento de sus obligaciones, sin necesidad de requerimiento (artículo 1609 C. C.). (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 24 de 1940) .. 384, 2ª y 385, 1ª

(1) Concordancias: **Jurisprudencia de la Corte**, tomo 3º, número 426, y casación del 17 de diciembre de 1927.

Páginas

EXEQUIBILIDAD

— 135 —

Es exequible el artículo tercero del Decreto número 1078 de 1940 en cuanto comprendió en la rebaja de sueldos establecidos por el Decreto 1048 del mismo año al presidente y demás miembros del Consejo de Estado y a los magistrados de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, L., números 1966, 1967 y 1968, febrero 20 de 1941) 659,

EXEQUIBILIDAD

— 136 —

Son exequibles los artículos 44, 45, 46, 49, 51, 54, 56, en su inciso 1º, 58, 60 y 61 del Decreto número 836 del 11 de mayo de 1938. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, febrero 21 de 1941) .. 644, 1ª 2ª y ss

EXEQUIBILIDAD

— 137 —

Es exequible el Decreto Nº 1380 de 17 de julio de 1940, sobre expedición de patentes y licencias a los tripulantes de embarcaciones fluviales. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 26 de 1940) 707,

EXEQUIBILIDAD

— 138 —

Es exequible la Ley 54 de 1939, "por la cual se confieren facultades extraordinarias al presidente de la república", en las partes en que fue acusada. (Sentencia de la Corte Plena L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941) 695, 2ª 696,

EXEQUIBILIDAD

— 139 —

Es exequible la parte acusada del artículo 37 del Decreto número 1270

Págs.

del 21 de julio de 1931. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941) 700, 2ª

EXRIBICION DE LIBROS

— 140 —

El artículo 56 del Código de Comercio habla en general de liquidación de las sociedades, sin hacer distinción alguna entre si se trata de un juicio cuyo objeto jurídico es la liquidación de una sociedad o de un proceso en que se discute si es o no válido el acuerdo que dispuso la liquidación de la misma. Es que la exhibición general de los libros, como fuente de información, es tan necesaria en el juicio en que se persigue la liquidación como en aquel en que se la ataca por estimarse que no se ha decretado de acuerdo con los estatutos y las normas pertinentes del Código de Comercio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 10 de 1940) .. ..

F

FAROS

— 141 —

La facultad del órgano ejecutivo para celebrar contratos de privilegio para la construcción y explotación de faros se desprende del artículo 1º de la Ley de 7 de junio de 1856, y el legislador de 1903, por medio de la Ley 3ª reafirmó la facultad del otorgamiento de tales privilegios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., Nos. 1966, 1967 y 1968, diciembre 2 de 1940). .....

FENECIMIENTO CON ALCANCE

— 142 —

Los autos de fenecimiento con alcance deben notificarse personalmente al responsable, so pena de que si así no se hiciere el auto ejecutivo proferido en esas condiciones adolezca de ilegalidad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, números 1961, 1962 y 1963, agosto 24 de 1940). . . .. 207, 2ª y 208, 1ª

FIANZA DE EMPLEADOS DE MANEJO

— 143 —

La caución se constituye relacionándola con su manejo, y las alusiones que se hagan al período respectivo no pueden entenderse como exclusión de lo que en razón de ese manejo haga u omita el respectivo empleado, cual si quedase libre hasta de escrúpulo con sus fiadores porque el período expiró, aunque el manejo continúe. (Casación, L, números 1964 y 1965, febrero 12 de 1941). 516, 2ª

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

— 144 —

Dentro de la ciencia jurídica moderna ha prevalecido, entre las diversas clasificaciones que se han hecho de las fuentes de las obligaciones, unas excesivamente complejas y muy sintéticas otras, la que vincula su nacimiento a una de estas cuatro fuentes: 1ª el acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo del contrato, del cuasicontrato, y del hecho voluntario de la persona que se obliga, en la enumeración del artículo 1494 de nuestro Código Civil; 2ª el hecho ilícito o sea el calificado legalmente como delictuoso y el simplemente **culposo**, que comprende el delito y el cuasidelito de nuestra clasificación legal; 3ª la ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciada también en el sistema de nuestro Código, y 4ª el enriquecimiento sin causa. (Casación, L, números 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940). 39, 2ª

FUNDACIONES

— 145 —

Véase: **Corporaciones y Fundaciones.**

Págs.

G

GASTOS DEPARMENTALES

— 146 —

Para que pueda hacerse la erogación que demanda una disposición de una Ordenanza departamental, es necesario que se haya hecho la apropiación adecuada en el presupuesto, o que se haya abierto el crédito administrativo correspondiente.

Si el que tiene a su favor y a cargo del Departamento una obligación con título distinto de una Ordenanza, se presenta ante la justicia provisto de todos los elementos de convicción indispensables para que se condene al Departamento al pago de lo que crée que se le debe, los encargados de impartirla habrán de hacer la condena aunque no haya apropiación en el presupuesto. Tal ocurriría con el que hiciera valer ante los jueces un contrato de arrendamiento con el Departamento, para el pago de los cánones correspondientes. Quien así se presenta en demanda de justicia no tiene por qué estar vinculado a la omisión en que se haya incurrido no incluyendo en el presupuesto el gasto que demanda el cumplimiento del contrato que se trata de hacer efectivo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, números 1961, 1962 y 1963, septiembre 26 de 1940) ..... 243, 2ª y 245, 2ª

GOBERNADOR

— 147 —

El órgano natural para actuar en el campo contractual, en cuanto se refiere a los Departamentos, es el Gobernador, como se deduce de los artículos 59 del Acto Legislativo número 3 de 1910 y 127 de la Ley 4ª de 1913. Así, pues, cuando se pretende hacer efectiva una obligación por la vía ejecutiva a cargo de un Departamento es apenas natural que lo primero que deba averiguarse es si aquélla aparece contraída o aprobada por quien es el ejecutor nato de las atribuciones legales que se refieren a la administración departamental, esto es, el Gobernador. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1964 y 1965, octubre 28 de 1940). 593, 2

H

HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y HABER DE CADA CONYUGE

— 148 —

Véase **Bienes propios del cónyuge y bienes propios de la sociedad, CONYUGAL**. (Casación del 28 de septiembre de 1940, números 1964 y 1965, páginas 345 y siguientes).

HECHOS DE LA DEMANDA

— 149 —

Los hechos de una demanda dan luz sobre su intención y su conexión con esa intención es hasta de precepto legal. (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 29 de 1940). 407, 2

HECHOS DE LA DEMANDA

— 150 —

Cuando el actor no ha incluído como hecho de la demanda la falta de protocolo de una Notaría, por causa de un incendio ocurrido en ella, no le es dado traer la prueba de ese acontecimiento para justificar la presentación del instrumento supletorio. Es que la enunciación de los hechos sustanciales de la demanda es requisito indispensable, de conformidad con nuestra ley procesal; dejar al arbitrio del actor la enunciación de los que le convengan y permitirle guardar silencio sobre los que no quiera afirmar, sería violentar la garantía de la igualdad de las partes ante el derecho si después quisiera probarlos en el proceso. En los debates judiciales no debe admitirse la demostración de hechos que no han servido de fundamento a la acción o excepción de que se trate. Esos hechos desvin-

Páginas

culados de la demanda, aunque aparezcan comprobados en los autos, no pueden servir de base al juez para su decisión. Precisamente es ahí donde se deja ver la técnica del abogado. Una demanda bien meditada ha de comprender "todos los datos y alegaciones indispensables para la demostración de la justicia de las reclamaciones hechas". De ahí que los hechos generadores del derecho o sus fuentes deban exponerse con claridad y precisión, de tal manera que evidenciados aquéllos, haya de destarse forzosamente el pleito en favor del demandante. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967 y 1968, julio 17 de 1940). 860, 1ª

HEREDEROS

— 151 —

Si es cierto que la existencia de una persona termina con su muerte (artículo 9º, Ley 57 de 1887), no es menos cierto que toda declaración de voluntad —el reconocimiento de una obligación o deuda, por ejemplo, hecho a favor de una persona que se supone existente, pero que ha fallecido a la época de la declaración— ha de entenderse y se entiende hecha a favor de los continuadores de su persona jurídica, y es apenas elemental recordar que los herederos representan al difunto en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Por lo demás, éstos son los que demandan luégo de haber comprobado de manera satisfactoria su personería. (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 21 de 1940). . . 379, 1ª

HIPOTECA

— 152 —

El contrato de hipoteca no puede inducirse por interpretación o analogía, pues es un contrato real que afecta directamente a un inmueble y que se anota en el registro de los gravámenes de la propiedad inmueble. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 25 de 1941). 826, 1ª

Páginas

HOMICIDIO

— 153 —

El artículo 604 del Código Penal de 1890 exigía tres condiciones para su aplicación: a) existencia de una provocación (ofensa, injuria o deshonra grave); b) que esa provocación se hiciera al homicida o a alguna de las personas expresadas en el artículo 587 de la misma obra, y c) que el homicidio se ejecutara en en el acto mismo de recibir la ofensa, esto es, que no hubiera solución de continuidad entre la agresión y la reacción delictiva. (Casación, L., números 1964 y 1965, noviembre 14 de 1940). 538, 2ª

IDENTIFICACION DE PREDIOS

— 154 —

La prueba adecuada por excelencia para determinar un predio o para demostrar que está comprendido dentro de otro, es la inspección ocular con intervención de peritos, practicada en conciencia, mediante recorrido y examen prolijo de los linderos de uno y otro predio, con vista de los títulos de propiedad respectivos y la consiguiente identificación de tales linderos y demás circunstancias indispensables para adquirir la convicción perfecta de que uno de esos terrenos hace parte del otro, o está comprendido dentro de él, o no, lo cual no quiere decir que se excluyan los otros medios de prueba, que pueden aceptarse también, y así lo tiene resuelto la Corte en varios fallos. Para que sea admisible la prueba testimonial en este caso, ella debe reunir condiciones especiales de claridad y convicción, y los testigos deben referirse a hechos que hayan presenciado y de los cuales pueda deducirse, sin lugar a duda, la determinación de la finca que se necesita identificar. (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 24 de 1940). . . . . 393, 1ª y 2ª y 394, 1ª

Páginas

IDENTIFICACION DE PREDIOS

— 155 —

Tratándose de la identificación de predios, es decir, de evidenciar que sus linderos en el terreno son los mismos que los que reza el título, que la alindación dada en éste corresponde a la del terreno, o que dentro de los linderos de un globo general está ubicada la cosa singularizada en la demanda, esa identificación procede o debe hacerse mediante la inspección ocular, por ser éste el medio más adecuado para ello; pero la inspección ocular no es, sin embargo, el único medio pertinente porque también dan esa demostración la prueba pericial y el testimonio. (1). (Casación, L., números 1964 y 1965, octubre 31 de 1940). .. 418, 1ª

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

— 156 —

La circunstancia de que se haya declarado que una sucesión fue intestada y la de que más tarde resultara regulada por un testamento no alcanza a producir ilegitimidad de la personería de la persona que a nombre de tal mortuoria se presente a reclamar en juicio un derecho o cosa que le pertenezca. Habría en ese caso un error, innocuo para los resultados de tal acción, o una declaración rectificada que en nada destruiría tal presupuesto procesal. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, diciembre 11 de 1940). 721, 2ª

IMPEDIMENTOS

— 157 —

De la embrollada redacción del artículo 74 del nuevo Código de Procedimiento Penal resulta que no existiendo jerarquía de inferior a superior entre los miembros de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, si ocurre que un magistrado de la respectiva Sala Penal se declara impedido para conocer de un negocio y el magistrado que le sigue en turno encuentra fundado el impedimento así lo declara, el superior inmediato que ha de resolver de plano el incidente no puede ser otro que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, L., número 1964 y 1965, diciembre 11 de 1940) 562, 2ª

(1) Véase el fallo de casación de 21 de agosto de 1935, G. J., número 1900, página 375 y siguientes.

Páginas

IMPUESTOS

— 158 —

La solidaridad en el pago de los impuestos la establecen de manera clara y precisa los artículos 12 y 14 de la Ley 63 de 1936. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967, 1968, noviembre 22 de 1940)... 912, 1ª

IMPUESTOS

— 159 —

Los artículos 39, ordinal b) y 19, ordinal 3º de la Ley 130 de 1913 atribuyen a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares respecto al monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 20 de 1940). ..... 193, 1ª y 2ª

IMPUESTOS

— 160 —

El pago de los impuestos no se demuestra sino con el recibo o certificación expedida por la oficina recaudadora.

El artículo 1º de la ley 52 de 1920 estableció un gravamen inicial sobre el capital de todas las sociedades, nacionales o extranjeras, que se constituyan en la República. (Sentencias, Sala de Negocios Generales, L, nú-

Páginas

neros 1961, 1962 y 1963. agosto 21 de 1940). 201, 2ª

IMPUESTOS

— 161 —

El Gobierno carece de facultad legal y constitucional para pactar exenciones de impuestos generales o particulares. Esa atribución corresponde de modo privativo al legislador. Pero éste sí tiene la potestad de liberar en casos particulares a un contratista de servicios públicos, de determinados impuestos, presentes o futuros, como compensación por prestaciones excepcionales del contratista en beneficio de la comunidad. En tal caso no se ordena una exención gratuita, lo que sí estaría fuera de las normas jurídicas que no toleran desigualdades en las cargas públicas de los súbditos con el soberano; se pacta un servicio y el Estado en retribución conviene en renunciar a cobrarle al contratista, por un determinado tiempo, los impuestos presentes o futuros que se acuerden. En esta renuncia no hay nada de ilícito y sí en cambio una necesaria concesión, en muchas ocasiones, para que el Estado obtenga en cambio otros beneficios. Si el Gobierno pacta la exoneración de las cargas públicas, el respectivo compromiso es inoperante para el Estado, salvo que el congreso ratifique el contrato.

Ni la ley 30 de 1931 ni las cláusulas del contrato entre el Gobierno y la compañía bananera pueden librar a ésta de pagar nuevos impuestos, o aumento de los existentes, que persigan gravar de modo general el patrimonio del contribuyente, porque ellos no afectan especialmente la industria del banano. Por consiguiente, está obligada a pagar los impuestos sobre el patrimonio y sobre exceso de utilidades creados por la ley 78 de 1935. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 30 de 1940). . . . . 293, 1ª 2ª y siguientes.

Páginas

IMPUESTOS A LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

— 162 —

Véase: SOCIEDADES EXTRANJERAS.

IMPUESTOS FISCALES

— 163 —

El cumplimiento de previsiones y disposiciones de orden fiscal respecto de actos o contratos de naturaleza civil y de diligencias judiciales y administrativas viene a ser, en puridad de verdad, cosa simplemente adjetiva y ajena de la esencia del acto o diligencia pertinente, destinada únicamente a la exacción de un impuesto nacional, pero en realidad no hace parte integrante de la naturaleza del acto civil o diligencia del poder público. De manera que su omisión vendría a afectar, en algunos casos claramente previstos en la ley, los efectos judiciales o administrativos llamados a producirse por el acto o diligencia, pero en forma alguna a desnaturalizarlos en su esencia y contenido, cuando se les aprecia y considera en sí mismos y hecha abstracción de alguna solemnidad, si bien obligatoria, completamente extraña a su esencia misma. En caso de omisión del pago de los impuestos fiscales de las sucesiones, se procede de conformidad con el inciso 2º del artículo 68 de la ley 63 de 1936. La prohibición contenida en el mencionado artículo 68 se refiere a los documentos privados, porque sólo documentos de esa índole exigen el reconocimiento. Si tratándose de una escritura pública no cumple el juez con el deber de dar el aviso al recaudador para el pago de los impuestos fiscales, ello no autoriza el desconocimiento del mérito probatorio del instrumento. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, diciembre 12 de 1940). . . . . 500, 1ª y 2º

IMPUESTOS NACIONALES

— 164 —

La actuación administrativa refe-

Páginas

rente al pago de impuestos procede únicamente en casos en que se haya asignado previamente el valor del impuesto. La hipótesis de un juicio ejecutivo en estas condiciones es absolutamente inadmisible. Este juicio se iniciará, y es deber de los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva hacerlo, en los casos en que el contribuyente gravado se niegue a pagar. Iniciado entonces el juicio por el Recaudador de Hacienda Nacional o por el respectivo Juez de Ejecuciones Fiscales Nacionales, la Sala de Negocios Generales de la Corte conocerá privativamente del incidente de excepciones y de las tercerías que en él se presenten. Así como también, en segunda instancia, de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por aquellos funcionarios. No puede entonces decirse que el incidente de excepciones en estos juicios implique una revisión de fondo del proceso administrativo, desde el momento en que tal proceso no pudo tener ocurrencia porque para ello era menester el pago anticipado del impuesto, y si tal pago se efectuó la acción ejecutiva no pudo tener en ningún momento existencia jurídica por sustracción de materia. Los extremos son, pues, perfectamente definidos: si hubo actuación administrativa, no pudo producirse el juicio ejecutivo y caer en consecuencia el negocio bajo la jurisdicción de la Corte; y a su turno, si procedió la acción ejecutiva, fue sencillamente porque no medió el pago del impuesto, requisito indispensable para dar comienzo al proceso administrativo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940) ..... 927, 1º y 2º

INCLUSION DE CREDITOS EN LOS INVENTARIOS

— 165 —

Véase: INVENTARIOS.

INCOMPATIBILIDAD DE FUNCIONES JUDICIALES CON CARGOS DE MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS

— 166 —

El artículo 9º de la ley 16 de 1936 establece una prohibición o, más bien, una incompatibilidad especial para los empleados del órgano judicial y del ministerio público, siendo, por tanto, una de las disposiciones dictadas en desarrollo del artículo 159 de la Constitución. Pero no está prevista en el código la sanción para esta clase de prohibiciones que miran únicamente a la necesidad de asegurar la independencia de dichos funcionarios y no la confusión de funciones o de actividades que se excluyen entre sí. Mientras este vacío se llena por el legislador, queda únicamente el deber moral de los empleados del orden judicial y del ministerio público de respetar la prohibición contenida en el mencionado artículo 9º de la ley 16 de 1936, renunciando efectivamente los cargos de miembros de juntas directivas o consejos de administración de establecimientos bancarios o de sociedades anónimas y absteniéndose de actuar en tales corporaciones. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, L, Nos. 1964 y 1965, enero 31 de 1941) 567, 2º

INCONGRUENCIA

— 167 —

Cuando se desecha la acción por improcedente se falla en realidad el pleito en lo principal y en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, diciembre 11 de 1940) 492, 2º

INCONGRUENCIA

— 168 —

La incongruencia contemplada en la ley como motivo capaz de determinar la casación tiene que referirse, como es obvio, a la parte resolutiva de la sentencia solamente, que es donde se concentra el imperio de las de-

Páginas

1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940). 42, 2ª

INCONGRUENCIA

— 169 —

Como uniformemente ha dicho la Corte en repetidos fallos, el cargo por incongruencia es conducente cuando el sentenciador deja indebidamente de fallar algo de lo sometido a su decisión, o cuando la extiende a algo no sometido a ella, o cuando en lo que sí se le sometió se excede de los límites trazados por las partes; pero no cuando no incurre en la referida abstención ni peca por fallar extra petita o ultra petita. Cuando la sentencia revoca la apelada acogiendo las excepciones de los demandados, mal puede decirse que falte consonancia a su fallo. Además, esta falta, cuando la hay, tiene que hallarse en la parte resolutiva o figurar en ella, dada la naturaleza de las sentencias y también la de esa causal de casación. Sencillamente puede suponerse llena de errores una sentencia en su parte motiva, aun respecto de la apreciación y exposición de las pretensiones de las partes, cuya parte resolutiva pronuncie una decisión acertada o no, sobre lo que ellas sometieron a juicio, sin incurrir en los aludidos excesos; en tal supuesto no cabe pensar en tacharla por falta de la referida consonancia. En semejante caso esos errores y el consiguiente desacierto en la resolución, cuando éste se sigue de aquéllo, no hay asidero para la causal 2ª de que se viene hablando; pero sí para alguna o para varias de las restantes del artículo 520 del Código Judicial. (Casación, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, marzo 19 de 1941). 776, 1ª

INDICIOS

— 170 —

La prueba de indicios tardó mucho tiempo en admitirse en las legislaciones, pues en la mayor parte de las veces ocasiona graves equivocaciones e irreparables injusticias. Gallinal la reconsidera como una prueba "débil" y "vacilante" y este concepto es general en los expositores de pruebas judiciales. En la legislación de Colombia se ha admitido esa prueba, pero rodeándola de determinadas exigencias para que pueda demostrarse sin lugar a duda la verdad del hecho controvertido. Por eso cuando la convicción del juzgador no es completa, no puede aceptarse la prueba de indicios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, abril 1º de 1940) 162, 2ª

INDICIOS

— 171 —

Acepta la Corte que es acto que concierne exclusivamente a la conciencia individual del juzgador la estimación del grado de certidumbre que arroje la prueba indiciaria, lo cual veda que en la mayoría de los casos tal prueba sea revisable en casación, mientras no se demuestre que son falsos los hechos accesorios o se evidencie su falta completa de relación con el que se pretende dar por establecido. Por eso la Corte, en repetidos fallos, ha sentado que la prueba de indicios escapa más que otra alguna en casación al cargo de apreciación indebida o errónea; con la reserva de que cuando la inducción del juzgador es manifiestamente absurda, de suerte que sus razonamientos sean opuestos a la posibilidad metafísica, natural o de sentido común, es dable a las partes acusar el error de hecho en la apreciación de los indicios, y a la Corte ejercitar su suprema potestad de revisión en este recurso. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, octubre 29 de 1940) 403, 2ª

INEXEQUIBILIDAD

— 172 —

La Corte ha sentado reiterada jurisprudencia en el sentido de que "para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia". (Sentencia de la Corte Plena, L, Nos. 1964 y 1965, noviembre 5 de 1940) 331, 2ª

Páginas

INEXEQUIBILIDAD

— 173 —

Ha sido reiterada jurisprudencia de la Corte la de que si al tiempo de fallar ya no existe el acto cuya inconstitucionalidad se demanda, carece de toda razón de ser el hecho de proceder a decidir si él puede o nó cumplirse. (Sentencia de la Corte Plena, L, Nos. 1964 y 1965, diciembre 5 de 1940). 333, 2ª

INEXEQUIBILIDAD

— 174 —

Es inexequible el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley 146 de 1938, por la cual se aclaró la 62 de 1879 sobre adjudicación de baldíos al municipio de Mompós. (Sentencia de la Corte Plena, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, noviembre 25 de 1940) . . . . . 653 y ss.

INEXEQUIBILIDAD

— 175 —

Es inexequible, por inconstitucional, el artículo 24 del Decreto número 1343 del 22 de julio de 1937, e inexequible también, por contrario a la Constitución, el inciso 2º del artículo 56 del Decreto 836 de 1938, en cuanto ordena la suspensión de términos establecidos en el Código de Minas. (Sentencia de la Corte Plena, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, febrero 21 de 1941). . . . . 664, 1ª y 2ª y ss.

INEXEQUIBILIDAD

— 176 —

Son inexequibles los artículos 7º, 21, 22 y 23 de la ley 92 de 1938, por la cual se dictaron algunas disposiciones sobre registro civil y cementerios. (Sentencia de la Corte Plena, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 18 de 1941). 704, 2ª

Páginas

INEXEQUIBILIDAD

— 177 —

No es inexequible la parte acusada del artículo 37 del Decreto Nº 1270 del 21 de julio de 1931). (Sentencia de la Corte Plena, L, números 1966, 1967 y 1967, marzo 13 de 1941) 700, 2ª

INEXEQUIBILIDAD

— 178 —

No es inexequible la ley 54 de 1939 "por la cual se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República", en la parte que fue objeto de acusación, o sea, en cuanto faculta al Presidente para reformar **"las disposiciones vigentes sobre control de cambios, exportaciones e importaciones, y de los contratos celebrados por el Gobierno con el Banco de la República sobre la misma materia y sobre la intervención del Banco en la compra y venta de cambio exterior, y para la modificación de la legislación bancaria vigente en cuanto fuere necesaria para la defensa o fomento de la producción nacional".**

No es inexequible el artículo 1º del Decreto extraordinario número 358 de 1940 (21 de febrero), "por el cual se modifica la composición del Consejo de Administración y Disciplina", **"en cuanto reduce a tres los miembros del Consejo que la ley fija en cinco, y en cuanto, por lo mismo, reduce a uno el miembro escogido de las ternas de empleados, que la ley fija en dos"**; ni es inexequible el artículo 3º del mismo Decreto **"en cuanto limita a tres los miembros que la ley fija en cinco y en cuanto ordena seguir, para la elección de esos miembros, el mismo procedimiento ya tachado, o sea que mediante él se reduce a uno en vez de los dos que señala la ley, los miembros representantes de los organismos de empleados"**, es decir, en las partes que fueron impugnadas. (Sentencia de la Corte Plena, L, números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941). 695, 2ª, y 696, 1ª

Páginas

INSTRUMENTO PUBLICO NULO O FALSO

— 179 —

Un instrumento público puede ser impugnado por nulidad cuando en su otorgamiento no se han observado las formalidades prescritas por la ley, como cuando la escritura no se ha firmado por el Notario o por las partes o por los testigos, o cuando se ha autorizado por un Notario que no está en ejercicio de sus funciones; y por falta de autenticidad cuando no ha sido otorgado por las partes. El instrumento es falso o carece de autenticidad cuando no ha sido autorizado por el funcionario que en él se expresa o cuando no ha sido otorgado por las personas que lo suscriben, o cuando se han alterado las declaraciones que en él se han hecho.

La distinción entre el instrumento público nulo y el falsificado existe en el Código Civil. El artículo 766 distingue el título falsificado y el título nulo. También se encuentra la distinción entre la nulidad y la falsificación de una escritura en el artículo 1934 del Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, números 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940). 149, 1ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

— 180 —

La facultad del sentenciador para interpretar la demanda tiene sus límites precisos, que son los señalados por el demandante en ella, porque como ya lo ha dicho la Corte, no es indiferente la manera como el actor formula la **causa petendi**, o sea el hecho jurídico de donde se hace derivar el objeto de la demanda. Si lo hace consistir en un pacto cierto pero indeterminado, toca al Juez clasificarlo y deducir los efectos legales; pero si no lo aduce genéricamente sino que individualiza de antemano ese título, tanto en el hecho como en el derecho, la facultad del juzgador queda reducida a la apreciación en hecho y en derecho del título específico de la demanda, tal como la formuló el actor, y de sus efectos con relación al demandado, por ser la **causa petendi** uno de los límites que se establecen en la litis-contestación. (Tomo XXVI, G. J., página 93).

Cuando el demandante, de caso pensado, establece una demanda fundando sus aspiraciones judiciales en determinado contrato clasificado en la demanda, en alguna de las categorías que señala y estudia el Código Civil, no le es dado al juzgador cambiar esa causa de la obligación e interpretarla en un sentido distinto a lo literal de las palabras, porque diferentes son las prestaciones que se desprenden de cada contrato.. Toda sentencia que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es sorpresiva, porque se ha dictado sobre materia que no ha sido discutida en las instancias del juicio, lo que equivale a condenar a una persona sin ser oída y vencida en juicio. (Casación, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, febrero 27 de 1941) . . . . . 761, 2ª y 762, 1ª y 2ª

INTERPRETACION DE LA LEY

— 181 —

En el estudio de los asuntos que se someten a la decisión judicial y cuyo sentenciamiento no puede rehusarse pretextando silencio, oscuridad o deficiencia de la ley, puede hallarse el juzgador en cuatro situaciones diversas en la aplicación de las leyes: existe disposición legal precisa y clara aplicable al caso; el texto legal aplicable es oscuro; coexisten dos disposiciones legislativas aplicables al asunto, la una anterior y posterior la otra, y, finalmente, no hay disposición aplicable, porque la ley no ha contemplado el caso. Para todas estas ocurrencias la misma ley consagra e impone reglas y principios de interpretación por vía de doctrina que resuelven las situaciones conflictivas en su aplicación para los fines de la justicia, haciendo indispensable la del texto claro y preciso, dando normas y principios obligatorios de hermenéutica para ilustrar y resolver casos oscuros y dudosos, y reglas pa-

Páginas

ra deducir la prevalencia de disposiciones contrarias y para suplir el silencio de la ley. (Casación, L, números 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940). 38, 2ª

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

— 182 —

Véase: PRESCRIPCION.

INTERVENCION VOLUNTARIA ADHESIVA E INTERVENCION PRINCIPAL

— 183 —

Véase: COADYUVANTE. COADYUVANCIA.

INVENTARIOS

— 184 —

La inclusión de un crédito en los inventarios de una sucesión produce un efecto legal, a saber: la destinación de bienes en la partición para el pago de las deudas reconocidas, y de ahí la disposición del artículo 1393 del Código Civil, que no solamente contiene una norma imperativa sino que hace radicar sobre el partidor que omite ese deber una grave responsabilidad civil; precisamente porque la ley no da derecho al acreedor ni para pedir la partición ni tampoco para objetarla, pues éstas son acciones que corresponden a los coasignatarios y la primera a los legatarios. (Artículos 953 y 958 del Código Judicial).

Mas cuando esa inclusión, por una u otra causa no se hace, el partidor no puede tener en cuenta el crédito que no fue incluído, porque el trabajo de partición, por regla general, debe tener como base los bienes inventariados, las deudas aceptadas o admitidas y los avalúos dados a aquellos. Sólo por excepción puede apartarse de la tasación hecha por los peritos, en los términos del artículo 1392 del Código Civil. (Casación, L, números 1964 y 1965, septiembre 30 de 1940). 357,

J

JUECES DE EJECUCIONES FISCALES

— 185 —

Los Jueces de Ejecuciones Fiscales están investidos de jurisdicción para el cobro ejecutivo de los créditos a favor de la Nación, en virtud de los artículos 407 del Código Fiscal, 4º y 5º de la ley 56 de 1914 y del Decreto Ejecutivo número 1315 de 1936. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, números 1964 y 1965, octubre 15 de 1940). 589,

JUICIOS DE DESLINDE

— 186 —

No hay lugar a recurso de casación contra las sentencias que deciden los juicios especiales de deslinde. Tal recurso es procedente sólo cuando el juicio especial se convierte en ordinario. (Auto, Sala de Casación Civil, L, números 1964 y 1965, octubre 29 de 1940). . . . . 397, y

JURADO

— 187 —

Al jurado no le incumbe la aplicación de la ley y por eso sería anómalo que se le quisiera atribuír la función especial y técnica contemplada en la parte final del artículo 602 del Código Penal que, por tanto, debe entenderse atribuída sólo al juzgador de derecho. (Casación, L, números 1964 y 1965, noviembre 20 de 1940). 544,

L

LEGITIMAS RIGOROSA Y EFECTIVA

— 188 —

Legítima rigorosa es la que estric-

Págs.

mente reconoce la ley al heredero gitimario; no depende de la volun-d del testador y es la cuota mínima ue le corresponde en una liquidación ereditaria. Si tal legítima rigorosa ene a ser incrementada con aquella rción de los bienes de que el testa-r pudo disponer, ya a título de me-ras o con absoluta libertad, y no ha spuesto o quedaron sin efectos sus sposiciones, se convierte en legíti-a efectiva. (Artículo 1249 del C. C.) asación, L, números 1961, 1962 y 963, septiembre 24 de 1940) 105, 1ª

EY ACUSADA NUMERO 54 DE 39, "POR LA CUAL SE CONFIE-EN FACULTADES EXTRAORDI-ARIAS AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA"

— 189 —

No es inexequible la ley 54 de 1939 or la cual se confieren facultades traordinarias al Presidente de la epública", en la parte que fue ob-to de acusación, o sea, en cuanto fa-lta al Presidente para reformar **as disposiciones vigentes sobre con-ol de cambios, exportaciones e im-rtaciones, y de los contratos cele-ados por el Gobierno con el Banco la República sobre la misma mate-y sobre la intervención del Banco la compra y venta de cambio exte-r, y para la modificación de la le-slación bancaria vigente en cuanto ere necesario para la defensa o fo-nto de la producción nacional".**

No es inexequible el artículo 1º del creto extraordinario número 358 1940 (21 de febrero), "por el al se modifica la composición del nsejo de Administración y Disci-na","**en cuanto reduce a tres los embros del Consejo que la ley fija cinco, y en cuanto, por lo mismo, uce a uno el miembro escogido de ternas de empleados, que la ley fi-en dos**"; ni es inexequible el artícu-**3º del mismo Decreto**", en cuanto ita a tres los miembros que la ley en cinco y en cuanto ordena se-r, para la elección de esos miem-s, el mismo procedimiento ya ta-do, o sea que mediante él se redu-a uno en vez de los dos que señala la ley, los miembros representantes de los organismos de empleados", es decir, en las partes que fueron impugnadas. (Sentencia de la Corte Plena, números 1966, 1967 y 1968, marzo 13 de 1941) ..... 695, 2ª y 696, 1ª

LEY ACUSADA NUMERO 92 DE 1938 SOBRE REGISTRO CIVIL Y CEMENTERIOS

— 190 —

Teniendo la Iglesia Católica, por virtud del Concordato, la administración de los cementerios, y siendo constitucionalmente propios de pactos internacionales los asuntos tocantes con las relaciones entre el Estado y la Iglesia, es contrario al artículo 50 de la Constitución el que se expidan normas como la ley acusada en sus artículos 3º, 21, 22 y 23, sin origen en un acuerdo previo de las partes. Atribuída constitucionalmente al Organo Ejecutivo la celebración de convenios con la Santa Sede, la ley 92 de 1938, en sus disposiciones acusadas, quebranta asímismo el precepto del artículo 71, numeral 2º de la Carta, que prohibe al Congreso inmiscuírse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa incumbencia de otros órganos del poder público. (Sentencia de la Corte Plena, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, marzo 18 de 1941) 703, 2ª

LEY ACUSADA, NUMERO 146 DE 1938, POR LA CUAL SE ACLARO LA 62 DE 1879, SOBRE ADJUDICACION DE BALDIOS AL MUNICIPIO DE MOMPOS

— 191 —

La ley 62 de 1879 constituye título de dominio de la isla de que ella habla a favor del municipio de Mompós. En presencia de la situación jurídica creada por esa ley, el parágrafo 1º de la ley 146 de 1938 consagra un verdadero desposeimiento en beneficio de los ocupantes a título precario que han reconocido desde tiempo atrás el dominio municipal de la

Páginas

isla y han pagado al Tesoro distrital determinado canon de arrendamiento de las parcelas situadas en ella. Las relaciones jurídicas del Municipio con los ocupantes de la isla han sido circunscritas a las normas de derecho privado, y, por tanto, la alteración de tal relación contractual, operada por el parágrafo 1º de la ley acusada, al convertir en propietarios a los arrendatarios del municipio de Mompós, contraría directamente el texto y el espíritu de los derechos reconocidos por la Carta a los Municipios. Es inexequible, pues, el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley acusada, y exequibles las demás disposiciones de la misma. (Sentencia de la Corte Plena, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, noviembre 25 de 1940) ..... 655, 1ª y 2ª

LEY FAVORABLE PARA LA APLICACION DE LA PENA

— 192 —

Véase: PENA. (Casación del 3 de febrero de 1941, 5 de febrero del mismo año y otras, G. J., Nos. 1964 y 1965, páginas 570, 1ª y 2ª, 576, 579, etc.)

LIBERTAD CONTRACTUAL

— 193 —

Véase: CONTRATOS. LIBERTAD CONTRACTUAL. (La sentencia de casación del 25 de marzo de 1941, G. J., Nos. 1966, 1967 y 1968, páginas 824 y siguientes)

LIQUIDACION

— 194 —

No puede entenderse que haya oposición entre los artículos 480 y 553 del C. J. Si aquél, en su inciso 2º, remite a éste cuando sea imposible fijar la cantidad líquida y aun establecer las bases de la respectiva liquidación, no por eso libra al juzgador del deber de buscar y trazar la mayor precisión posible; de manera que si en un caso dado se impone la remisión a las partes al artículo 553, no por esto ha de dejárselas en una indeterminación tal que a pretexto de la tramitación del mismo, vengan a revivirse cuestiones decididas en la instancia o a presentarse temas que no figuraron en las del juicio decidido por la sentencia de cuya ejecución se trata. Con este fin preventivo y ante todo por lo ordenado en dicho artículo 480 en su inciso 1º y por los artículos 471, 472 y 481 de ese Código, es de rigor que para delimitar y definir en lo posible la tramitación del artículo 553, cada sentencia aproveche todos los datos conducentes contenidos en el proceso. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940) (1). 34, 1º

LIQUIDACION DE FRUTOS, PERJUICIOS, Etc.

— 195 —

La acción consagrada por el artículo 553 del Código Judicial, cuando la liquidación no se acepta, es la de un verdadero juicio, en el cual la sentencia que hace la regulación definitiva no puede salirse de los límites señalados tanto en la demanda como en la oposición a la misma, y las pruebas que se aduzcan deben comprobar la verdad y existencia de los hechos conducentes de la demanda y de la respuesta. De tal manera que toda prueba que exceda de lo propuesto en la demanda debe desestimarse en cuanto ella pase de lo pedido por el demandante en su memorial de motivos. La acción de ese artículo tiene que regirse procesalmente conforme a las reglas generales que exigen llevar el juicio y fallarlo según lo que aparezca demandado y probado, tomando siempre como base las peticiones de la demanda.

No es aceptable la opinión de que si la liquidación se rechaza, la regulación se hace sobre todo lo que aparezca probado en el juicio, independientemente de la demanda de liquidación

(1) Doctrina expuesta ya en instancia

1). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, gosto 29 de 1940). .....

LIQUIDACION DE PERJUICIOS

— 196 —

El artículo 480 del Código Judicial)revé tres eventos: primero, que ha-'a bases en el juicio para fijar la :antidad líquida que haya de pagar a parte vencida por frutos, intereses) daños; segundo, que las bases pro-)atorias sean insuficientes para de-:erminar la cantidad líquida, y ter-:ero, que los elementos probatorios :ampoco den asidero para determinar .as bases con arreglo a las cuales de-)e hacerse la liquidación. En el pri-mer caso la sentencia contendrá la li-quidación; en el segundo, las bases necesarias para practicarla en el in-cidente posterior de ejecución del fa-llo, y en el tercero, tendrá que limi-tarse la sentencia a formular una condenación abstracta, de manera que en el expresado incidente el campo de investigación probatoria para ha-llar los perjuicios es aún mayor, da-do que careciéndose de bases incon-trovertibles señaladas previamente por el sentenciador, hay que estable-cerlas en el incidente.

En principio, la carga de la prue-ba en el incidente de ejecución del fa-llo que ha condenado a pagar perjui-cios corresponde indudablemente a la parte a cuyo favor se ha hecho la con-denación, es decir, la demandante. En el juicio ordinario, sobre ella pesaba tal carga probatoria y en él estaba obligada a demostrar no sólo que se le habían causado perjuicios, si de és-tos se trataba, sino también a poner al juez en capacidad de tasarlos. La circunstancia de que sobrevenga una condenación en abstracto, o más o menos indeterminada en cuanto a las bases de la liquidación, no desplaza la carga de la prueba del demandan-te al demandado, en lo concerniente a probar lo que se dejó de probar en

(1) Concordancia: lo mismo sostuvo la Sala en sentencia publicada en el número 1940 de la Gaceta Judicial, página 550.

Págs.
el juicio ordinario, por cuya falta no se hizo posible formular una condenación más concreta. El principio de
230, 1ª que **onus probandi incumbit actori** permanece inalterable. La condenación no hace surgir sino las presunciones que se derivan de la propia condenación. Así, hecha la condenación a pagar en abstracto perjuicios, deberá partirse de la base de que ellos se causaron. Mas la cuantía, eso sí, ya no es materia de presunción favorable al actor. Si éste se limita a esperar que los elementos sobre que debe descansar su liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando en el solo efecto probatorio de sus afirmaciones desprovistas de respaldo, puede suceder que imposibilitado el juzgador para hallar elemetos suficientes destinados a comprobar numéricamente los perjuicios, éstos no puedan justipreciarse y en tal caso el camino indicado sería, no podría ser otro, que la total liberación del demandado. Y es claro, aunque la sentencia compruebe que se causaron perjuicios que sólo el que los recibió está en capacidad de decir cuáles fueron y en qué los funda. Dos hechos fundamentales sobre los cuales se hace imposible precisar numéricamente el daño: su enumeración y el respaldo probatorio de ésta.

Si un avalúo pericial en un incidente sobre liquidación de perjuicios no está en alguna de sus partes debidamente fundado, el juez queda en libertad de rechazar las conclusiones inmotivadas y de acudir a otras pruebas en busca de la verdad. La fundación de un dictamen tiene significación tanto en relación con la realidad de los hechos acreditados en el juicio, como con las apreciaciones abstractas y generales de donde se deduzcan los conceptos concretos. De esta suerte la eficacia de un avalúo depende de la interpretación más o menos exacta que los expertos le hayan dado a las situaciones probadas en el expediente y al contenido realista de los conceptos que lo respaldan. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1964 y 1965, noviembre 5 de 1940). ..... 601, 2ª, 602, 1ª y 2ª y ss.

Págs.

M

MAGISTRADOS DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

— 197 —

Aunque los Magistrados del Consejo de Estado y los de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo forman un cuerpo administrador de justicia y creador de doctrina administrativa, sin embargo, no caben dentro de la definición restricta y enumerativa que legalmente corresponde al órgano judicial y no están, por tanto, amparados por la garantía especial que consagra el artículo 160 de la Constitución, cuyos términos de carácter restrictivo no pueden ampliarse en favor de otros empleados, cualquiera que sea su naturaleza. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, febrero 20 de 1941). 658, 2ª

MANDATARIO

— 198 —

Para la Corte ha sido siempre incuestionable que un mandatario necesita siempre poder o facultad especial para tomar dinero en mutuo por cuenta de su mandante. (Artículo 2158, C. C.)

En el acto ejecutado a nombre de otro, si ocurre que el representante es quien materialmente ejecuta el acto, sus efectos se producen para el representado, siempre que la relación jurídica se haya realizado como resultado de la voluntad delegada de la persona que se dice representar.

La nulidad del acto producido por extralimitación de las funciones del mandatario es siempre relativa, según jurisprudencia de la Corte. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, noviembre 30 de 1940) . . . . . 462, 2ª y ss.

MATRIMONIO

— 199 —

La autoridad civil conoce no solamente acerca de la validez o de la nulidad de los matrimonios civiles, sino también de las consecuencias o efectos civiles que se derivan del matrimonio católico y tiene plena jurisdicción para regular tales efectos. (Artículos 50 de la ley 153 de 1887 y 19 de la 37 de 1888). (Casación, L, números 1964 y 1965, octubre 8 de 1940). 363, 1

MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTRA LOS DELINCUENTES

— 200 —

Vigente la Reforma Penal desde el 1º de julio de 1938, a los jueces no les es permitido pretextar los inconvenientes de orden práctico que pueda ofrecer la ejecución de algunas de las sanciones por ella establecidas, para dejar de aplicarlas en las sentencias. De suerte que, si han sido satisfechas todas las formas propias del juicio y en virtud de ellas resulta, por ejemplo, que el hecho criminoso se realizó en las circunstancias previstas en el artículo 29 del nuevo código, el Juez no podría, sin incurrir en responsabilidad, abstenerse de imponer al acusado las medidas de seguridad a que es acreedor conforme a esa disposición y aplicarle, en cambio, otra clase de sanciones, o decretar su libertad, fundándose en que no existen en el país los manicomios criminales o las colonias agrícolas especiales para recluír y tratar científicamente las diferentes especies de delincuentes anormales. La construcción de tales establecimientos y la adaptación, mientras tanto, de los existentes, son preocupaciones de orden administrativo que no deben tomar para sí los encargados de impartir la justicia.

Y en cuanto a la garantía constitucional de la aplicación de la ley más favorable al reo, aunque sea posterior, es norma que tampoco está condicionada a las posibles dificultades que ofrezca la debida ejecución de determinadas sanciones. (Casación, L, números 1964 y 1965, diciembre 5 de 1940). . . . . 560, 1ª y 2ª

Páginas

MEDIO ARITMETICO

— 201 —

El medio o promedio aritmético se nplea cuando hay discrepancia en- e los peritos principales y el dicta- ıen del tercero se aparta de aquéllos. El artículo 721 del Código Judicial quiso hablar de promedio aritıético o sea el término medio entre arias cantidades o extremos, lo que écnicamente, y así también se enende en el lenguaje común, está ɔnstituído por los extremos divididos por el número de sumandos. Esa a sido siempre la noción legal del meio aritmético. Para el legislador coɔmbiano de tiempos pasados, como ara el de la época contemporánea, ıedio y promedio aritmético tienen ı misma equivalencia. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, diciembre 12 de 940). 494, 2ª

MEDIOS NUEVOS

— 202 —

Conforme a constante jurisprudenia de la Corte los medios nuevos de taque a una sentencia son inaceptales en el recurso de casación. (Caación, L, números 1966, 1967 y 1968, ebrero 20 de 1941) 746, 1ª

MINAS

— 203 —

Es visible la trascendencia del pao del impuesto de minas ante el Cóigo de Minas, así como su alcance onservatorio. El artículo 164 lo llaıa garantía eficaz y dispone lo que llí se lee en guarda del dueño. Failita el código el pago permitiendo ue cualquiera persona lo haga en ombre del interesado (artículo 160). ıtoriza por ciertas causales la resıución de términos vencidos, repuándolos puntuales en tales casos (arculo 161). Permite recuperar el deecho a la mina pagando las cuotas e los años atrasados con intereses, ı cuanto ella no se haya denuncio antes (artículo 163). Cuando el interesado cree que los linderos de su título contienen extensión mayor de la señalada en él, puede conservar su derecho al exceso pagando el impuesto sobre éste, en cuanto un tercero no haya ejercitado el derecho que el artículo 366 confiere (artículo 27, ley 292 de 1875). Da el código valor de plena prueba no sólo a los recibos, sino a las certificaciones de los empleados de hacienda alusivas al libro correspondiente (artículos 166 a 168). Establece presunción análoga a la del artículo 1628 del C. C., por el pago de tres anualidades consecutivas, en favor del pago de los años anteriores (artículo 173).

Las sanciones establecidas en los artículos 118, ordinal 5º, 163 y 341 del C. de Minas, en virtud de las cuales se reputan abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el respectivo impuesto, o mejor, la interpretación de las normas citadas, no puede hacerse de una manera simplista y absoluta, por cuanto las situaciones de derecho que se confrontan frente a ellas son varias y múltiples y, por tanto, no puede entenderse que no exista sino una sola norma o medida aplicable, sin ninguna discusión, a todas esas situaciones. Para que se pueda verificar el fenómeno jurídico de la redención de minas es necesario que se hayan pagado los impuestos respectivos hasta el día de la redención. De modo, pues, que sin ese requisito esencial y básico, dicho fenómeno no puede producirse. Mas si esto es así, no por eso puede concluírse que hecho el pago para la redención de una mina y debiéndose al hacerlo algunos impuestos atrasados o existiendo deficiencia en el pago de éstos, la mina cae en el estado legal de abandono. Semejante conclusión, inequitativa e injurídica, confundiría el no éxito de la redención con el abandono de las minas. (Casación, L. Nos. 1964 y 1965, octubre 29 de 1940). . . . . 410, 2ª, y 411, 1ª y 2ª

MINAS

— 404 —

La trasferencia en dominio de una

mina debe hacerse por escritura pública registrada en el libro número 1º del circuito de ubicación, no por una simple acta privada, la que no cambia por su incorporación en el protocolo de una notaría.

El artículo 285 del Código de Minas hace aprovechable por todos los socios de una mina, inclusive, por tanto, los que no hayan intervenido en ella, las gestiones de cualquiera de aquéllos encaminadas a defender o a conservar la posesión y propiedad de la mina. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, febrero 19 de 1941). . . . . 520, 1ª y 2ª

MINAS

— 205 —

Las sociedades ordinarias de minas son comunidades **sui generis** organizadas y reglamentadas por nuestro derecho minero, que se constituyen cuando hay una mina de propiedad de varias personas y convienen en formarla para su debida explotación y laboreo, designando un presidente o director que la represente.

Hay diferencia entre la comunidad civil y las comunidades ordinarias de minas, porque las primeras se forman por un hecho independiente de la voluntad de las partes y por ministerio de la ley; en tanto que la comunidad minera nace del vínculo contractual, cuando varias personas coinciden en la explotación del mineral. Por eso tienen su reglamentación típica en el código de la materia. Desde el momento en que dos o más personas convengan en la explotación o laboreo de una mina deberán formalizar la sociedad ordinaria, si así quisieron organizar el negocio, haciendo cuando menos el nombramiento de presidente o director de ella. El cumplimiento de este requisito que mira a su dirección y debida representación ante terceros, es suficiente para que su existencia quede reconocida y protegida por la ley (artículo 283 del Código de Minas). Dicho presidente o director es representante legal de la sociedad y la obliga en sus actos así judiciales como extrajudiciales (artículo 248, ibídem).

El presidente o director de una sociedad ordinaria de minas es el mandatario y personero de la comunidad minera y como tal su representante legal. Por el hecho de ser nombrado queda investido no sólo de las atribuciones y facultades que se les señalen y otorguen en los reglamentos y estatutos, sino de todas aquellas que son necesarias para el cumplimiento del fin que persiguen los asociados al constituír la comunidad comercial minera, de manera tal que dicho presidente o director debe considerarse como un mandatario suficientemente autorizado por el compromiso social para desarrollar y adelantar todas aquellas actividades que se relacionan con la explotación y cateo, explotación y laboreo del mineral. Todo acto o contrato que dentro de esa órbita ejecute queda comprendido dentro de sus facultades y atribuciones naturales de mandatario de la sociedad ordinaria de minas. Esas funciones relacionadas con la administración y explotación del mineral no pueden tener otras limitaciones que las que expresamente hayan acordado los socios, en uso de la facultad que les concede el artículo 254 del C. de Minas. La explotación y laboreo del mineral puede realizarlo la sociedad, ya directamente por medio de elementos y equipos de su propiedad, ya indirectamente por conducto de otras personas o entidades, en virtud de contrato de arrendamiento.

El arrendamiento de las minas es un acto meramente administrativo, ya que tiende a la explotación del metal por medios indirectos, pero lucrativos y susceptibles de apreciables rendimientos comerciales. Es indudable que el presidente o director de una sociedad ordinaria de minas está facultado para celebrarlo, ya sea que se le haya conferido esa atribución o no, porque el mandato que ostenta según nuestro derecho minero, alcanza, como es elemental, a todos los actos y contratos que se relacionen con la explotación del negocio y que tiendan a desarrollarlo en beneficio de la sociedad. (Casación, L, números 1964 y 1965, octubre 24 de 1938). . . . . 386, y

Páginas

MINAS

— 206 —

La propiedad del Estado sobre las minas se presume: la propiedad particular de ellas debe comprobarse con los precisos elementos probatorios correspondientes, cuando quiera que se formule oposición a la posesión pretendida por alguien como denunciante. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, octubre 1º de 1940). 121, 2º

MINAS

— 207 —

Las sociedades que elaboran minas pueden ser colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias, de acuerdo con las características legales específicas que corresponden a cada una de estas denominaciones, y se consideran como sociedades civiles. Las compañías mineras se rigen, de acuerdo con la libertad contractual de nuestro sistema jurídico, por las reglas especiales que se consignan en los respectivos contratos sociales, y a falta de estipulaciones expresas, por las normas del Código Civil. Las disposiciones contenidas en el Capítulo XVI del Código de Minas, tienen aplicación de manera especial a las sociedades ordinarias que son las que se forman sin los requisitos necesarios para que se puedan considerar como de las otras clases de sociedad, aunque tienen existencia legal no obstante no ser reconocidas por el Código Civil ni por el de Comercio. Estas reglas especiales para las sociedades ordinarias del Capítulo XVI del Código de Minas no pueden aplicarse al gobierno y funcionamiento de las demás sociedades sino a falta de disposiciones expresas del contrato y a falta también, en ausencia de estatutos convencionales, de las disposiciones del Título XXVIII, Libro IV del Código Civil. La sociedad ordinaria de minas, a la que corresponde mejor el carácter de una comunidad organizada por la ley en vez del de compañía en el sentido civil y mercantil, no se distingue de los socios individualmente considerados, a diferencia de lo que acontece en las sociedades civiles y comerciales en que el principio que domina es el de que forman una persona distinta de los socios que la componen, con todas las consecuencias que en materia patrimonial se desprenden de esta característica esencial. (Casación, L, números 1964 y 1965, diciembre 11 de 1940). 491, 1ª

MULTAS

— 208 —

El auto que impone una multa no es susceptible del recurso de apelación, sino únicamente del de reposición, conforme al artículo 310 del Código Político y Municipal. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1964 y 1965, noviembre 21 de 1940). 615, 2ª

MUERTE DE LA VICTIMA CAUSADA POR UNA SOLA PUÑALADA

— 209 —

De que la víctima hubiera sido ultimada por medio de una sola puñalada, apenas se infiere que ésta pudo ser causada por un solo individuo y no que el autor de la muerte fuera asímismo un solo sujeto. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, diciembre 3 de 1940). 557, 1ª

N

NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO PUBLICO

— 210 —

Véase: EMPLEADO PUBLICO NOMBRADO.

NULIDAD

— 211 —

En los juicios con intervención del Jurado sobre procesos regidos por

Págs. Pá

las prescripciones de la ley 94 de 1938, si se presenta únicamente el cuestionario de que trata la norma primera del artículo 498, no se incurre en ninguna nulidad de las que citan los artículos 198 y 199, ibídem, aun cuando sí comporta ello una grave deficiencia. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, L, Nos. 1964 y 1965, septiembre 20 de 1940) .....

NULIDAD

— 212 —

Según el inciso último del artículo 449 del Código Judicial no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, se han presentado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad. (Casación, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, marzo 12 de 1941) .....

NULIDADES

— 213 —

Proviniendo las nulidades de que se falte a los preceptos de la ley, natural es que ésta se interese por prevenirlas y también por sanearlas en su oportunidad cuando cabe este remedio, para todo lo cual establece las consiguientes reglas. En cuanto al procedimiento pueden verse las de los artículos 455, 456 y 457. Es claro que si se ha debatido sobre la nulidad con motivo del posible incidente de excepciones dilatorias, ya hay sólida base para conceptuar que, estando decidido así el punto negativamente, no hay por qué seguir sosteniendo ni temiendo que aquélla exista, y, por tanto, que no tenga la parte el derecho ampliamente conferido en su inciso 1º por el artículo 456, para suscitar la cuestión dentro del juicio, en cualquier estado de él. Del propio modo, es claro que el artículo 457 parte del supuesto de que la alegación que sobre nulidad haya hecho alguna de las partes sea a título y en la oportunidad de una excepción dilatoria, sea en cualquiera otro estado del juicio, que obliga a una articulación según el inciso 2º de dicho artículo 456, ha recibido la sustanciación correspondiente; y que es sólo sobre este pie como aquél (el 457) comienza diciendo que **no obstante lo dispuesto en el artículo anterior**, la parte no notificada o emplazada o no representada debidamente puede incoar juicio ordi- 536, 2ª nario en solicitud de la declaración de nulidad de ese juicio anterior en que tal sucedió.

Así las cosas se comprende que, en el empeño del legislador de 1931 de simplificar lo atañadero a nulidades, evitar la indefinida secuela de los juicios y, sobre todo, amparar y aprestigiar la cosa juzgada, diese sentido limitativo a esa disposición. Pero no puede decirse a ciegas que excluye en todo caso la posibilidad de ventilar en nuevo juicio la nulidad procedente de incompetencia, tan sólo porque a **contrario sensu** así lo dé a enten- 781, 2ª der la redacción de este art. 457. El concepto de exclusión, de gran lógica aparente, es erróneo en fuerza de su misma sencillez, para llegar a la cual debe prescindirse de consideraciones trascendentales, entre las cuales se distingue la que surge de lo antedicho, a saber: que si el legislador da por sentado que el reclamo sobre nulidad tuvo su tramitación por él ordenada, hay que reconocer que es sólo sobre la base de que tal ha sucedido como formula su precepto, y que, consiguientemente, cuando esa base falta, no puede reputarse dada por él la orden, ni puede entenderse la prohibición establecida. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 12 de 1940) ..... 45, y

NULIDADES

— 214 —

Las causales de nulidad las señala el Código Judicial en forma taxativa y no simplemente enumerativa, y entre ellas no se ha incluído la de los autos interlocutorios apelados ante el superior y hallados por éste en contradicción con las normas legales. (Auto, Sala de Negocios Generales,

Páginas

Nos. 1966, 1967 y 1968, julio 27 1940). 873, 1ª

NULIDAD ABSOLUTA E INEXISTENCIA

— 215 —

Nuestra ley no hace la distinción, alificada por algunos autores de me- amente académica, que otros ha- en entre la nulidad absoluta y la in- xistencia. Si dos personas han en- ndido, por ejemplo, celebrar la mpraventa de un inmueble sin es- itura pública, ese contrato no exis- y aquél erróneo concepto de ha- erlo celebrado no da asidero a una ción de nulidad, sencillamente por- ue no hay contrato que anular, a empo que los pasos que esas per- nas hayan dado, en su falsa creen- a, determinan otras acciones, por lo ual no se halla necesario asignar a inexistencia un puesto o entidad pecial con el fin de revestir a los teresados de medios adecuados pa- la efectividad de los derechos que s asisten. Y si se supone que tal ntrato se ha celebrado, es decir, si otorgó escritura pública, y que rbigracia, adolece de ilicitud en su usa o en su objeto o en ambos, tiene que en este caso sí hay con- ato y, por tanto, algo atacable, y propio tiempo que, por lo mismo, ra llegar a que no lo haya es pre- so que desaparezca, infirmado por luntaria declaración de las partes por sentencia judicial. Sin esa in- mación el contrato permanece en e como tal, por vicioso que sea. Una cosa es que un contrato sea haya venido a ser vicioso, y otra uy distinta que no se haya cele- ado. La celebración es un hecho dependiente de la calidad. El dic- lo de vicioso requiere lógicamen- la entidad de contrato, a la mane- que el adjetivo calificativo requie- el sustantivo calificado. (Casa- n, L., números 1966, 1967 y 1968, arzo 15 de 1941). . . . . 802, 1ª y 2ª

NULIDAD Y FALSEDAD DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

— 216 —

Un instrumento público puede ser impugnado por nulidad cuando en su otorgamiento no se han observado las formalidades prescritas por la ley, como cuando la escritura no se ha firmado por el Notario o por las partes o por los testigos, o cuando se ha autorizado por un Notario que no está en ejercicio de sus funciones; y por falta de autenticidad cuando no ha sido otorgado por las partes. El instrumento es falso o carece de autenticidad cuando no ha sido autorizado por el funcionario que en él se expresa o cuando no ha sido otorgado por las personas que lo suscriben, o cuando se han alterado las declaraciones que en él se han hecho.

La distinción entre el instrumento público nulo y el falsificado existe en el Código Civil. El artículo 766 distingue el título falsificado y el título nulo. También se encuentra la distinción entre la nulidad y la falsificación de una escritura en el artículo 1934 del Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940). 149, 1º

NULIDAD RELATIVA

— 217 —

La nulidad del acto producido por extralimitación de las funciones del mandatario es siempre relativa, según jurisprudencia de la Corte. (Casación, L., números 1964 y 1965, noviembre 30 de 1940). 464, 2º

NULIDADES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

— 218 —

Son sustancialmente distintos los conceptos de nulidad sustantiva y de nulidad adjetiva, así en su origen como en sus efectos. En las sustantivas va comprendido el concepto de la validez o nulidad del acto o contrato, considerado en sí mismo, y en las adjetivas tal concepto no entra en juego ni en nada se afectan tales actos o contratos considerados en su propia esencia, sino únicamente el procedimiento judicial encaminado a ob

Páginas

tener su efectividad y que por la referida formalidad o irregularidad puede llegar a estar viciado.

Cuando se han llenado sobre una nulidad procesal las exigencias de los artículos 455 y 456 del C. J., en sus casos, no es posible nueva discusión sobre ella en otro juicio, al tenor del artículo 457 ibídem, sino cuando consiste en falta de citación o emplazamiento, o en indebida representación de la persona que la alega, o cuando se trata de la nulidad del remate en un juicio, a que alude el inciso segundo del mismo precepto. Las causales que producen nulidad están taxativamente señaladas en el artículo 448 del C. J. y deben ser solicitadas y declaradas en el mismo proceso donde se cometieron, salvo las excepciones que expresamente establece nuestra ley procesal. Para el juicio ejecutivo, fuera de las causales generales de nulidad del artículo 448, también producen nulidad las irregularidades consistentes en la falta de citación para sentencia de pregón y remate; en la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate y en el adelantarse la ejecución después de la muerte del deudor, sin la notificación de los títulos a los herederos (artículo 451 del C. J.) Irregularidades distintas no producen nulidad. Todas aquellas irregularidades deben ser alegadas y decididas en el mismo juicio, salvo la nulidad consistente en la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate, consagrada en el inciso 2º del artículo 451, la que necesariamente debe alegarse en juicio distinto, por disponerlo así de manera especial el artículo 457 (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 16 de 1940). ..... 77, 2ª y siguientes

OBJECIONES A LA PARTICION

— 219 —

El recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no es medio para que los interesados propongan nuevas objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal que no es otra sino el término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el Juez. Rehecho el trabajo del partidor de acuerdo con la objeción u objeciones que han prosperado, por mandato legal la nueva cuenta debe aprobarse por el Juez (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940). (1). 104, 1

Páginas

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

— 220 —

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones, su causa más frecuente. La obligación es el género y el contrato la especie. Cuando el contrato genera obligaciones recíprocas se llama bilateral, calificativo que no cuadra a la obligación, la que, como relación jurídica en virtud de la cual una parte tiene que dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra, presenta fisonomía unilateral. La ley habla de obligaciones condicionales, a término, alternativas, facultativas, de género, solidarias, divisibles e indivisibles, pero no de obligaciones bilaterales. En el tecnicismo jurídico se habla a veces de acto bilateral, para contraponer esta noción a la de acto unilateral, o sea, aquel en que sólo interviene una parte. Así el testamento es un acto unilateral porque en él sólo interviene el testador, y el depósito es contrato unilateral porque en él sólo se obliga el depositario, y es acto bilateral porque en su formación hay acuerdo de voluntades. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1964 y 1965, noviembre 20 de 1940). 614, 2º

PAGO DE LO NO DEBIDO

— 221 —

Según varios expositores, entre ellos Colin y Capitant y Josserand, la acción sobre repetición por pago indebido es una aplicación de la teoría

(1) Concordancia: casación de 28 de junio de 1940, G. J., números 1957 y 1958, tomo XLIX, página 578.

e la causa, pues si la deuda no exis-
e el pago es nulo porque falta un
lemento esencial para su validez. Por
onsiguiente, lo que ha sido paga-
o sin ser debido está sujeto a repe-
ición.

En relación con el pago indebido
ueden presentarse estas hipótesis:
) No existe ninguna deuda; b) Sí
xiste, pero la persona del deudor es
istinta de aquella que paga. En ca-
os como el de autos habrá lugar a
epetición si el que paga lo hizo por
rror de hecho o de derecho, siem-
re que, en el último evento, el pago
o tuviere por fundamento ni aun
na obligación puramente natural.
Mas si quien verificó el pago lo hizo
sabiendas de que no debía, esto es,
on conocimiento de causa, no puede
retender la devolución de lo paga-
lo. La equidad exige que en ciertos
asos en que el pago se ha hecho a
abiendas de que no se debía, pue-
la repetirse lo pagado, siempre que
l solvens haya obrado bajo el impe-
io de circunstancias especiales, co-
mo la de fuerza mayor. Inadmisible
s la pretensión de repetir lo paga-
do cuando quien hizo el pago provo-
có, con la solicitud de que se le de-
clarase subrogado en los derechos del
acreedor, la determinación de su si-
uación jurídica. Por el hecho del pa-
o de lo que no se debe surge un
vínculo jurídico en virtud del cual
l accipiens queda obligado a resti-
uír la cosa o cantidad que el solvens
e entregó o pagó por error. Si, como
s evidente, por este medio adquiere
l solvens la calidad de acreedor, la
de deudor ha de recaer en el acci-
piens, persona contra quien aquél tie-
ne la acción de repetición. Pero si el
que hizo el pago solicitó en forma
expresa —y lo obtuvo— que se le de-
clarase subrogado en los derechos del
acreedor, es claro y puesto en razón
que al tomar esta calidad en virtud
del fenómeno de la subrogación, no
puede tener como deudor a quien re-
cibió el pago sino a los que tienen
vínculo contraído con la persona a
quien ha subrogado la que verificó el
pago. (Sentencia, Sala de Negocios
Generales, L., números 1961, 1962 y
1963, julio 29 de 1940). ..... 181, 2º y siguientes

Págs. Págs.

PARTIDAS DE ESTADO CIVIL

— 222 —

Invocando una persona su condición de hija legítima del de cujus el juzgador no puede variar o modificar ese presupuesto procesal para reconocerle, por ejemplo, la de hija natural. Cuando, en ciertos casos, no existe la partida de hijo natural y la exhibida dice que es legítimo y fue sentada con intervención de personas distintas de la supuesta madre natural, esa partida no contiene la confesión de la madre, no hace presumir el hecho del parto y tal acta o partida no puede perjudicarla. (Casación, L., números 1964 y 1965, diciembre 12 de 1940). 501, 2º

PENA

— 223 —

"De acuerdo con los principios de derecho transitorio el Juez puede elegir entre la ley antigua y la nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar dos a la vez, tomando de cada uno lo que parezca más conforme con el criterio favorable. Cada uno de los dos sistemas penales —el de 1890 y el de 1936— obedece a principios científicos diferentes y de allí que la intensidad de las penas y, en general el tratamiento de los delincuentes, sea completamente distinto, según se apliquen las reglas del antiguo o las del nuevo estatuto. Así, por ejemplo, el Código de 1936, comparado con el de 1890, reprime con mayor severidad cierta clase de homicidios. Pero si en los casos en que hubiere lugar a elegir entre las dos legislaciones, el Juez adopta en favor del reo, como base de la condena, la respectiva norma de uno de los dos estatutos, ella debe ser admitida con todas sus derivaciones y consecuencias, así en lo relativo a la reincidencia como en lo concerniente a las penas accesorias. La hibridación de los dos sistemas de penalidad, aún en beneficio del acusado, es técnicamente insostenible.

"Sabido es que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 22 de la Cons-

Páginas

titución Nacional el Juez debe aplicar al reo la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior; pero esto no quiere decir que, por extensión de este principio y con la mira de favorecer al autor de un delito cometido antes de la vigencia de la ley nueva, el Juez esté facultado para aplicar parte de sus normas y parte de los preceptos de la ley antigua, de modo de imponerle penas menos severas que las que se deducen de la aplicación integral de una de las dos leyes No. La ley que sanciona el delito no es solamente la norma que señala los límites de la pena, sino ésta y las reglas que sirven de criterio para individualizar la sanción. Si juntando reglas de los dos estatutos es como el Juez ha logrado deducir la condena más benigna, entonces lo que viene a ser favorable no es la ley nueva sino el resultado de combinar sus normas con las disposiciones de la ley antigua, con lo cual desaparece la razón en que se funda la retroactividad de la ley en materia criminal y es la de ser —se entiende que por sí misma— más favorable al reo que la ley vigente al tiempo en que se ejecutó el hecho criminoso.

Así, pues, los problemas que plantea por la presencia de dos legislaciones distintas, de las cuales el Juez debe preferir la más favorable al procesado, no se resuelven razonablemente sino siguiendo íntegramente las normas de uno de los dos estatutos, porque la benignidad o la mayor severidad de una ley, con relación a otra, sólo puede apreciarse por el resultado de la aplicación del conjunto de las disposiciones de cada una al hecho que va a juzgarse. Al desarticular el Juez las reglas de los dos sistemas y combinarlas de modo de mitigar el rigor de las condenas más allá de lo que permite la aplicación aislada de la ley antigua o de la nueva, no solamente se producen resultados contrarios a la lógica y al orden jurídico penal sino que se falta a la misma equidad, como es fácil deducirlo si se comparan las penas aplicadas al reo de un delito beneficiado con la combinación con las que se imponen a otro reo, autor de delito de igual naturaleza y gravedad, acompañado de modalidades y circunstancias específicas semejantes, a quien se le ha juzgado dentro de la unidad de las normas de la ley nueva por haber cometido el hecho después del primero de julio de 1938.

No sobra agregar que en la declaración de prescripción que hace el Juez en un proceso antiguo no hay, ni podría haber, interferencia de una ley sobre otra. Obedeciendo a los principios que regulan la aplicación de la ley en materia penal, el Juez aplica independientemente las reglas sobre prescripción de la ley preexistente, o las de la ley posterior, si los términos de ésta fueren más favorables, que es —resumiendo las ideas expuestas— el método que no puede modificar el juzgador, creando, cuando se trata de deducir las sanciones, una fórmula penal mixta, porque asume un arbitrio que la ley no le ha conferido.

Ahora, en cuanto a la condena y libertad condicionales y al perdón judicial —instituciones nuevas establecidas en el sistema penal sancionado en 1936— es evidente que de acuerdo con la garantía constitucional sobre retroactividad de la ley más benigna, ellas pueden favorecer al reo de un hecho punible cometido antes de entrar en vigor el nuevo Código, si se halla plenamente justificada su aplicación. Pero aquí también la resolución que concede la respectiva gracia y el beneficio que el reo recibe emanan directamente de la autoridad de la ley. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, diciembre 2 de 1940. (1) ..... 296, 2ª y siguientes

(1) Salvó voto a esta sentencia de casación el Magistrado doctor José Antonio Montalvo. El Magistrado disidente acoge la doctrina central del fallo sobre unidad de la ley penal, pero no está conforme en un punto concreto, cual es, dice, el de la aplicación integral de una sola de las dos leyes penales, la antigua o la nueva, de modo que la que se prefiera para señalar la base sea forzosamente la misma con que se determine el aumento por reincidencia.

Págs.

PENA

— 224 —

Los artículos 22 de la Constitución Nacional, 44 de la Ley 153 de 1887, 9º de la Ley 95 de 1936 y 5º de la 4 de 1938 no pueden conducir sino la aplicación de uno solo de los dos Códigos penales, el de 1890 o el de 936, porque es injurídico el injerto la mezcla o combinación de ambas egislaciones en un caso determinado. Si así no fuese resultaría el indmisible absurdo de que la ley penal preferida viene a ser una que no orresponde ni a la preexistente al elito ni a la posterior.

La penalidad formada ad hoc con etazos de cada uno de los códigos, tenta contra los principios científicos en que se inspiran éstos, quebrana la lógica articulación de sus reglas daña la homogeneidad de la técnia de uno y otro.

Cuando entren los falladores a omparar cuál legislación perjudica enos a un procesado que delinquió n la época en que regía el Código Penal de 1890, al escoger la favorble deben aplicar la indivisa para la determinación de la pena principal incluyendo la reincidencia, si la hay) la deducción de las accesorias. (1). Casación, L., números 1964 y 1965, ebrero 3 de 1941). ..... 570, 1ª y 2º

PENA

— 225 —

La Corte ha sentado doctrina en l sentido de que "el Juez puede elegir entre la ley antigua y la nueva a más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de ada una lo que parezca más conforme con el criterio de favorabilidad". Casación, L., números 1964 y 1965, ebrero 5 de 1941). 579, 2º

(1) Salvó su voto el Magistrado doctor José Antonio Montalvo en lo referente a la doctrina sentada sobre aumento de pena por reincidencia.

Págs.

PENA

— 226 —

Si juntando reglas de los dos estatutos es como el Juez ha logrado deducir la condena más benigna, entonces lo que viene a ser favorable no es la ley nueva sino el resultado de combinar sus normas con las disposiciones de la ley antigua, con lo cual desaparece la razón en que se funda la retroactividad de la ley en materia criminal y es la de ser —se entiende que por sí misma— más favorable al reo que la ley vigente al tiempo en que se ejecutó el hecho criminoso.

Los problemas transitorios que se vienen planteando al juzgar a los reos de delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938, por la presencia de dos legislaciones distintas, de las cuales el Juez debe preferir la más favorable al procesado, no se resuelven razonablemente sino siguiendo íntegramente las normas de uno de los dos estatutos, pues la benignidad o la mayor severidad de una ley, con relación a otra, sólo pueden apreciarse por el resultado de la aplicación del conjunto de las disposiciones de cada una al hecho que va a juzgarse. Al desarticular el Juez las reglas de los dos sistemas y combinarlas de modo de mitigar el rigor de las condenas más allá de lo que permite la aplicación aislada de la ley antigua o de la nueva, no solamente se producen resultados contrarios a la lógica y al orden jurídico penal, sino que se falta a la misma equidad, como es fácil deducirlo si se comparan las penas aplicadas al reo de un delito beneficiado con la combinación con las que se imponen a otro reo, autor de delito de igual naturaleza y gravedad, acompañado de modalidades y circunstancias específicas semejantes, a quien se le ha juzgado dentro de la unidad de las normas de la ley nueva por haber cometido el hecho después del 1º de julio de 1938. (Casación, L., números 1964 y 1965, diciembre 2 de 1940). (1) .... 547, 2ª y siguientes

(1) Salvó el voto el Magistrado José

Páginas

PENA APLICABLE AL DELITO

— 227 —

La índole del Código Penal de 1936 va a modificar, reduciéndolo, el poder que el superior tenía en apelación, consulta o casación, para variar la pena principal que el inferior deducía del Código de 1890, puesto que suprimidos los tres grados de todo delito y la mecánica regla del artículo 124 de ese Código antiguo, y fijándose hoy la sanción al delincuente por la ponderación de los principios que entrañan los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código nuevo, de muy rara ocurrencia será la equivocación **palmaria** en la **cantidad** de pena impuesta. La subjetividad casi incontrovertible de que disfruta el impartidor de la justicia penal para mover su entendimiento entre los **bajos** mínimos y los **altos** máximos de la sanción en la mayor parte de los delitos, es un arbitrio respetable que únicamente en casos excepcionales dejará decir que hubo yerro en la pena por exceso o por defecto, siempre que el juzgador de instancia haya tenido en cuenta aquella ponderación. Y es que, medidas la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y las circunstancias de mayor y menor peligrosidad y apreciados los motivos determinantes y la personalidad del agente, difícil ha de ser para el superior concluír que el inferior, al sancionar, v. g., el homicidio que contempla el artículo 362 con diez años de presidio, debió reprimirlo más bien con nueve o con doce años. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 6 de 1940). 135, 2ª

Antonio Montalvo acogiendo el fallo en general, pero manifestando que disentía en un punto concreto, "cual es el de la aplicación integral de una sola de las dos leyes penales, la antigua o la nueva, de modo que la que se prefiera para señalar la pena base sea forzosamente la misma con que se determine el aumento por reincidencia". Las consideraciones del Magistrado disidente pueden leerse en la página 550 y siguientes del citado número de la "Gaceta Judicial".

Páginas

PENSIONES CIVILES

— 228 —

Aunque el artículo 4º de la Ley 153 de 1938 atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento de las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que antes conocía la Corte, sobre el particular ha conceptuado la Sala que tiene jurisdicción para conocer de esos asuntos cuando la demanda fue instaurada antes de la vigencia de aquella ley. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940). 237, 1

PENSIONES DE JUBILACION DECRETADAS POR ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

— 229 —

La facultad otorgada por el artículo 16 de la Ley 71 de 1926 sólo podrán ejercerla las Asambleas en Ordenanzas de carácter general e impersonal, contentivas de los reglamentos necesarios para que los favorecidos justifiquen el derecho a la pensión. De consiguiente, cuando las Asambleas decreten pensiones de jubilación fuera de los términos en que por la citada ley les está permitido, conceden únicamente, no un derecho de carácter obligatorio, sino una concesión a título gratuito que en cualquier momento se puede retirar por la entidad que la haya otorgado. Una Ordenanza de esa naturaleza es de simple liberalidad, inadecuada por consiguiente para obligar al Departamento irrevocablemente y para generar ningún derecho adquirido en favor del beneficiario. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1966, 1967 y 1968, diciembre 11 de 1940). ..... 922, 1ª y 2ª

PENSION DE OBREROS EN EMPRESAS FERROVIARIAS

— 230 —

Ni la pensión a que tienen derecho los obreros de una empresa ferrovia-

Páginas

ia, de conformidad con el artículo 1º le la Ley 1ª de 1932, ni el derecho e cesantía que protege a los empleados particulares en el caso del ordinal c) del artículo 14 de la Ley 10ª le 1934, pueden considerarse como ccesorios del sueldo que devenga el mpleado; el sueldo es tomado como unto de referencia para fijar el monto de la pensión del auxilio, pero ara nada más. Tanto la pensión como el auxilio se consideran como una restación a que está obligado el empleador o patrón, independientes del ueldo, y como una garantía al empleado que ha servido a una empresa urante cierto lapso, veinte años, que a sido despedido de aquélla en las ircunstancias establecidas al efecto or la ley.

Altas razones de justicia y equidad an base a las normas legales citadas. El derecho a la pensión entra dentro de la categoría del orden público y, por lo tanto, es irrenunciable y no puede ser materia de convención entre las partes para disminuírla; lo mismo puede decirse del derecho de cesantía, porque se informa en los mismos principios que dan base al reconocimiento de las pensiones de ciertos empleados. El derecho de cesantía no es, pues, accesorio del sueldo que devenga el empleado, sino una indemnización, y se inspira en un alto concepto de protección individual y social, puesto que a la sociedad no le es indiferente el desamparo del obrero y de su familia. Ese derecho capacita al obrero para atender a sus propias necesidades y a las de su familia mientras consigue nuevo trabajo, lo ampara contra la desvalidez y el desempleo y constituye, como la pensión, una retribución o una compensación y, en ciertos casos, una indemnización por el trabajo y los servicios prestados, de modo que no puede considerarse como accesorio del sueldo. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940). . . . 20, 2ª y 21, 1ª

PERJUICIOS

— 231 —

La acción de resarcimiento de perjuicios por responsabilidad delictual está subordinada a la imputación proferida por un juez del crimen, y es ésta la prueba que es preciso llevar al juicio civil para obtener la indemnización previa. (Auto, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, julio 13 de 1940). 173, 1ª

PERJUICIOS

— 232 —

Cuando la condenación en el valor de una obligación tenga como fundamento la indemnización de perjuicios, ésta debe hacerse conforme lo manda el artículo 1613 del Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 29 de 1940). 231, 1ª

PERJUICIO MORAL

— 233 —

La retención hecha por la Bolsa de valores de una prenda constituída por un corredor de bolsa ante ella, no puede erigirse en perjuicio moral, entre otras razones porque el simple hecho de que a una persona que ha cancelado una deuda dada se le resista su acreedor a devolverle la prenda con que la caucionó, por sí solo no implica nada que a esa persona le sea desdoroso o que la desacredite. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940). 33, 2ª

PERJUICIOS

— 234 —

La mora producida por fuerza mayor no da lugar a indemnización de perjuicios, conforme al artículo 1616 del Código Civil. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 16 de 1940). (1) 70, 2ª

(1) Doctrina expuesta en el fallo de instancia.

Páginas Págin

PERJUICIOS

— 235 —

La obligación que el delito o el cuasidelito crean a cargo del autor de los mismos es la de reparar el daño causado, relación que consiguientemente da a la víctima el derecho correlativo de exigir la indemnización. La acción que compete a la víctima de un delito o cuasidelito para obtener de su autor la reparación del daño es personal, mueble y patrimonial.

La víctima del daño, como acreedor de la obligación de indemnizar cuando se presenta en juicio a demandar la reparación por el daño, tiene necesidad, para triunfar en sus pretensiones, de dar la prueba completa del hecho culpable, del daño sufrido y de la relación de causalidad que liga la culpa y el daño. Sin la demostración de estos tres elementos esenciales no se puede estructurar el fenómeno de la responsabilidad civil que el sistema de nuestro derecho tiene como fundamento de la culpa. Para que exista la responsabilidad civil es necesario demostrar un hecho ilícito (delito penal o delito civil); comprobar la realidad del daño, y establecer, además, que estos dos términos, **ilícito y daño**, están vinculados por una relación de causa y efecto.

Antes y después de las disposiciones que contiene la Ley 94 de 1938 sobre acción civil o privada de reparación del daño causado por una infracción penal, la sentencia pronunciada por la jurisdicción del crimen, absolutoria del sindicado por no haberse realizado el hecho que dio nacimiento a la investigación penal, hacía imposible la instauración de una acción civil de reparación, como si el hecho, negado ya por el Juez penal, hubiera en realidad ocurrido. Cuando la sentencia proferida en el juicio criminal dice que el hecho imputado al sindicado no se ha realizado, eso ya no puede discutirse y menos contradecirse en un juicio civil. La sentencia de la jurisdicción criminal excluye **ipso jure** en este estado la civil. Si para efecto de demostrar una responsabilidad determinada se adelanta la respectiva investigación criminal y ella termina después de evacuarse todas las citas que resulten, con un sobreseimiento definitivo a favor del sindicado, con fundamento en que éste no es autor del hecho ilícito, es de orden público respetar ese estado de cosas, porque de lo contrario surgirían a la relación social de unas mismas partes dos fallos contradictorios sobre una misma situación jurídica y esto peca, no sólo contra la estabilidad y seriedad de las resoluciones firmes de los jueces, sino contra el artículo 39 de la Ley 169 de 1896 y contra el 28 de la 94 de 1938. (Casación, L., números 1964 y 1965, septiembre 28 de 1940). 351, 1ª y 2 y siguiente

PERJUICIOS. — ACCION CIVIL Y ACCION PENAL POR PERJUICIOS

— 236 —

Conforme al artículo 24 del Código de Procedimiento Penal la acción civil para el resarcimiento causado por la infracción de la ley penal se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por sus herederos, y conforme al artículo 25 si el perjudicado por la infracción no ha intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer la acción civil dentro de los términos establecidos para la prescripción de ésta.

Cuando en el proceso se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima, no se podrá proponer la acción civil, lo que vale decir que cuando la sentencia es absolutoria o se ha sobreseído definitivamente, esas decisiones tienen fuerza de cosa juzgada, no solamente en el ramo penal sino en el civil, pues hacen tránsito a cosa juzgada.

El artículo 39 de la Ley 169 de 1896 confería al actor el derecho de intentar la acción civil para la indem-

Páginas

nización del daño causado por los cuasidelitos o culpas, sin sujeción a la acción criminal. (Casación, números 1966, 1967 y 1968, febrero 14 de 1941). . . . . .

PERJUICIOS Y SU LIQUIDACION

— 237 —

Véase: **Liquidación de perjuicios.** Auto de la Sala de Negocios Generales, G. J., números 1964 y 1965, 502, 2ª y siguientes.

PERJUICIOS MORALES

— 238 —

"La reparación por daños morales, no definida ni establecida especialmente en nuestro derecho, ha sido desde hace largos años admitida por la jurisprudencia nacional al igual que la referente a perjuicios materiales, en consideración a que la ley no hace diferencia entre las dos especies de daño y a que los intereses morales no pueden estar jurídicamente menos protegidos que los propiamente patrimoniales. La aplicación que a esta doctrina se ha venido dando, adolece, sin embargo, de cierta vaguedad y falta de diferenciación adecuada de estas dos causas de reparación en forma que va dando lugar a generalizaciones excesivas que aconsejan recordar, aunque sea en el modo sumario que el caso requiere, la naturaleza de los daños morales que pueden comprometer la responsabilidad civil.

"Adoptada esta dualidad de fuente en la acción de reparación civil, se han dividido los bienes jurídicos de la persona en las dos grandes categorías de patrimoniales y extrapatrimoniales; los primeros, que sirven para procurar a sus dueños satisfacciones pecuniarias o apreciables en dinero, como los derechos reales, los de crédito, los que resultan del ejercicio de una profesión u oficio, etc.; los segundos, inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida, la libertad, al honor, a la reputación, y los derechos de familia que

Páginas

se originan en las cualidades de hijo, padre, esposo, etc. De esta clase surge la del daño, que en sentido lato es la privación o menoscabo de un
836, 2ª bien, según afecte o lesione a una u otra de las dos categorías.

"Daño o perjuicio material es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido pecuniario, y que puede afectar a una persona en su **patrimonio,** como construyendo fosos para secar una fuente o destruyendo o desmejorando bienes raíces o mobiliarios; o en su **persona física,** como un accidente de locomoción, el error de un médico o de un cirujano o farmacéutico, el contagio de una enfermedad, especialmente venérea.

"Perjuicio moral es el que sobreviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama **patrimonio moral** de una persona. El daño moral puede entenderse de dos maneras que dan lugar a su subdivisión, **en perjuicios morales propiamente dichos** que son los que afectan la 'parte social del patrimonio moral', como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en **perjuicios de afección** que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los sentimientos de amor dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección. Ambas especies de daño moral se han tenido por nuestra jurisprudencia como fuentes generadoras de la obligación de reparar; la última, fundada en un mero interés sentimental o de afecto, que Josserand llama **pretium doloris** y que Ripert combate por considerar inconveniente e inmoral ponerle precio al dolor, se admitió por la Corte, a pesar de la evidente dificultad para su apreciación que siempre resulta arbitraria y a pesar de

Páginas

que carece de naturaleza compensatoria, desde el año de 1922, en sentencia de 21 de julio, en la que estableció que para la fijación del **quantum** debe tenerse en cuenta la posición social de los interesados, el grado de su cultura y la magnitud del pesar causado.

"En todo juicio de responsabilidad extracontractual es indispensable demostrar plenamente la existencia de un perjuicio cierto y personal, cualquiera que sea la nturaleza jurídica del que se demande, para tener derecho a la reparación pretendida, porque en materia civil todo ha de ser pedido con interés legítimo, probado y alegado, según el viejo principio.

"El perjuicio moral en su acepción más lata puede ofrecer infinidad de formas y de grados cuya apreciación quedaría sujeta a consideraciones personales completamente arbitrarias de los jueces, si no se determina y adopta un criterio diferencial que sirva para definir la existencia de un daño de esta naturaleza sobre bases de realidad jurídica, y tal criterio no puede fundarse sino en las definiciones y reglas normativas que ofrecen la doctrina y los autores.

"No se puede decir en forma absoluta o general, como lo afirma el recurrente, haciendo referencia a una sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, que 'cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material envuelve en sí misma una satisfacción de los perjuicios morales', porque tratándose de dos fuentes o causas de indemnización diferentes y diferenciales por su origen y su naturaleza, pueden coexistir y dar lugar y base a la reparación separada por cada uno de los daños, el material, y el que afecta directamente el patrimonio moral, en alguno de los elementos que legítimamente lo integran (el honor, la reputación, los afectos, las creencias, el pensamiento), pero siempre que haya bases probatorias que sirvan para estructurar independientemente cada uno de estos detrimentos jurídicos. Podría pensarse, como ejemplo de esta posibilidad de coexistencia y reparación doble, en el caso de un comerciante a quien con una acción judicial maliciosa se le arruinara su comercio y se le causara un evidente descrédito que afectara su patrimonio moral. Pero hay casos en que no es posible aislar con existencia jurídica propia el daño moral, porque el perjuicio material y el moral se mezclan y confunden de tal modo, que el último no puede considerarse sino como una faz o aspecto del primero. Tal acontece cuando los daños corporales, que entrañan a la vez que un perjuicio material de incapacidad, un sentimiento, elemento psicológico, que deprime el espíritu y entristece la vida, pero que sin embargo no admite la calificación de perjuicio moral, jurídicamente hablando, porque no tiene existencia propia y diferente del daño patrimonial. Para estos casos admiten los autores que en la reparación del daño patrimonial debe entenderse comprendida la del daño moral, autorizando la doctrina para estas ocurrencias una agravación del monto de la indemnización material como una sanción que la ley civil consagra al deber moral de no dañar a nadie en ninguna forma, verdadero fundamento de la responsabilidad establecida en el Código.

"Al lado de la anterior doctrina o teoría, si exacta en sí misma y considerada en abstracto, se presenta una cuestión de hecho en cada caso particular, cuestión verdaderamente difícil en la que no se puede fijar para la aplicabilidad de aquélla una norma rígida e invariable, puesto que el problema planteado en cada caso y materia de la resolución judicial tiene como factores para su solución, el recto e ilustrado criterio del juzgador y el elemento probatorio cuya apreciación debe enfocarse sobre los lineamientos generales que configuran la doctrina expuesta". (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 15 de 1941). 794, 2
795, 1ª y 2
y siguiente

Págin

Páginas

PERJUICIOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL

— 239 —

Véase: Responsabilidad por culpa extracontractual. (La sentencia de casación del 15 de noviembre de 940, G. J., números 1964 y 1965, página 440, 1ª y 2ª).

ERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD POR CULPA

— 240 —

Se tiene consagrado doctrinariamente por la jurisprudencia que las causas exonerantes de la responsabilidad son el caso fortuito, la fuerza mayor y la intervención de un elemento extraño, colocando dentro de esta última causa exonerativa la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño, a que se refiere el artículo 2357 del Código Civil, y que determina sus resultados sobre la condena del autor del hecho ilícito, en forma que va desde la exoneración total hasta la disminución y prorrateo del monto de la indemnización, según las circunstancias de cada caso. En la estimación que el Juez ha de hacer del alcance y forma en que el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de la acción civil de reparación, no hay para qué tener en cuenta, a juicio de la Corte, el fenómeno de la imputabilidad moral para calificar como culpa la imprudencia de la víctima, porque no se trata entonces del hecho-fuente de responsabilidad extracontractual, que exigiría la aplicación de un criterio subjetivo, sino del hecho de la imprudencia simplemente, objetivamente considerado, como un elemento extraño a la actividad del autor, pero concurrente en el hecho y destinado solamente a producir una consecuencia jurídica patrimonial en relación con otra persona. Y entonces pierde la importancia de calificar jurídicamente este hecho como culpa imputable al damnificado y solamente queda la de determinar su significación y engranaje en el desarrollo del proceso para deducir sobre la realidad objetiva si efectivamente constituyó un acto de imprudencia y en qué grado, por consiguiente, ha de minorar para el demandado las consecuencias de su responsabilidad civil. En este entendimiento, fácilmente podría pensarse en casos de accidentes en que la imprudencia de personas legalmente incapaces de cometer culpa, como los menores y dementes del artículo 2346 del C. C., interviene tan definitivamente en la ocurrencia que dejaría de lado, por no admitir la calificación jurídica de culpa, daría lugar a conclusiones de injusticia. La ley no se refiere en este caso a la culpa por imprudencia sino a la imprudencia real. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 15 de 1941). 793, 794, 1ª

PERMUTA

— 241 —

En los contratos de permuta determinan las partes en dinero el valor de cada una de las cosas que son materia de ella, lo cual tiene que ser así, puesto que según el artículo 1958 del Código Civil cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio. La referencia a un precio es por lo menos necesario en dicha convención y no porque se establezca ese precio y se relacione con la cosa que se da en pago, puede decirse que haya cambio de objeto, porque entonces el contrato de permuta entrañaría siempre una novación, lo cual es inaceptable. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940) 26, 2ª

PERSONAS. JURIDICAS

— 242 —

En el lenguaje jurídico son personas los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones. La doctrina corriente reconoce dos clases de personas: 1ª los individuos de la especie humana considerados como hombres y llamados personas físicas; y 2ª ciertos establecimientos, fundaciones o seres colectivos a los cuales

se les da de indiferentemente el nombre de **personas morales** o personas jurídicas. Fuera de estas dos clases de personas capaces de actuar en la vida y ser, por consiguiente, sujetos de derechos y obligaciones, no se conocen otras.

La personalidad moral es la atribución de derechos y obligaciones a otros sujetos que no son los seres humanos. La simple asociación de hombres para un fin determinado es insuficiente de por sí para constituir la personalidad moral "Se deben distinguir —dice Ferrara— las agregaciones humanas —existencias ya dadas, reales cuanto se quiera— de la forma jurídica de la personalidad que la reviste, la cual es un producto puro del derecho objetivo. Ahora bien, el reconocimiento produce precisamente la personalidad, concede la forma unitaria, imprime este sello jurídico a las organizaciones sociales, y éste es efecto nuevo, que antes no existía y que las partes por sí solas eran impotentes para producir".

Las personas jurídicas, dice el mismo autor, existen sólo en el derecho y para el derecho. "Faltando el reconocimiento no hay más que colectividades en individuos". El Estado se reserva para sí el derecho de intervenir en la constitución de las personas jurídicas, porque son obra de su voluntad. De acuerdo con los artículos 12 de la Constitución Nacional —nueva codificación— y 633 del Código Civil, los atributos esenciales de las colectividades elevadas al rango de personas jurídicas, con el cual pueden adquirir derechos y contraer obligaciones, son tres: 1º autorización expedida por la autoridad pública; 2º un representante que actúe por ellas, ya que el titular de los derechos y de las obligaciones no es cada uno de los miembros que integran la colectividad, sino la persona moral de la colectividad una e indivisible, y 3º existencia de un patrimonio y de una capacidad propia, independientemente del de sus miembros. El primero de los elementos indicados es la base de la existencia de la persona moral o jurídica. El reconocimiento puede ser obra de la ley o de una actuación administrativa. Hay casos en

Páginas

que el legislador confiere directamente la personería jurídica a las agrupaciones con un fin determinado, como acaece con la nación, los departamentos, los municipios, las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica. Pero por regla general es al poder ejecutivo a quien corresponde administrativamente discernir la personería jurídica a las asociaciones y fundaciones que aspiran a ingresar a la vida civil.

El requisito del reconocimiento por el Poder Público constituye la diferencia primordial entre las personas jurídicas y las personas naturales. La persona natural, por el hecho de nacer, adquiere también vida jurídica. En tanto que la persona moral requiere para vivir un acto de la autoridad que autorice su existencia como sujeto capaz de derechos y obligaciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales. L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 21 de 1940) ..... 197, y 19 1ª y 2

PERSONERIA

— 243 —

El primer aspecto que debe estudiarse en cada juicio, según lo tiene establecido la jurisprudencia uniforme, es la capacidad jurídica de las partes, o sea la personería sustantiva de ellas, porque si dicha capacidad falta la demanda no puede prosperar. (Casación. L., números 1961, 1962 y 1963, noviembre 8 de 1940) ..... 128, y 2

PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA

— 244 —

La personería sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe, por tanto, ser resuelta en el fallo definitivo de la instancia; la adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso excepcional que exige previo pronunciamiento.

Páginas

Y, como lo tiene dicho la Corte en
zón de elementales nociones de pro-
dimiento, "ni la carencia de perso-
ría sustantiva, ni la petición de mo-
indebido constituyen excepciones
rque no tocan con el procedimiento
ra suspenderlo o mejorarlo". (Ca-
ción, L., números 1964 y 1965, di-
mbre 3 de 1940) .....

PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA

— 245 —

Las dos clases de personería —la
stantiva y la adjetiva— tienen muy
verso origen en su estructura jurí-
ca y diversa trascendencia en el
mpo del derecho procesal, porque la
imera se relaciona con el derecho
ismo discutido y la segunda se re-
ere a una cuestión rituaria, como es
representación en el juicio. La per-
nería sustantiva forma parte de la
encia o sustancia de la cuestión de-
tida y debe, por tanto, ser resuelta
el fallo definitivo de la instancia;
adjetiva puede ocasionar una ex-
pción dilatoria que tienda a conser-
ar la integridad legal del procedi-
iento para suspenderlo o mejorarlo,
por esa circunstancia da lugar, en
caso, a un recurso exceptivo que
ige previo y especial pronuncia-
iento.

Ni la carencia de personería sus-
ntiva, ni la petición de modo inde-
do constituyen excepciones dilato-
as porque no tocan con el procedi-
iento para suspenderlo o mejorarlo.
Casación, L., números 1966, 1967 y
968, diciembre 4 de 1940) ..... 712, 2ª y 713, 1º

PERSONERO MUNICIPAL

— 246 —

Es principio legal y norma general
ue el personero es el representante
l municipio, y que como atribución
dicial le impone el numeral 3º del
tículo 179 del C. de O. J., su re-
esentación en juicio. Excepcional-
ente, en los casos en que el corres-
ndiente agente del Ministerio Pú-
ico no pueda representar al distrito
r razón de distancia incompatibili-

Páginas

dad de funciones, importancia excepcional del negocio u otro análogo, autoriza el artículo 173 del C. J., la representación municipal por apoderados especiales, para cuyo efecto puede celebrar el alcalde respectivo contratos con abogados que asumen la defensa judicial de los intereses del municipio. La calificación del caso excepcional que permita la constitución de apoderado especial corresponde hacerla al concejo, lo mismo que dar la autorización al personero para conferir el mandato, en su condición de administrador del municipio, de acuerdo con el artículo 145 del Código Político y Municipal. No pugna con estos principios lo dispuesto en el parágrafo del artículo 173 del Código Judicial, pues considera la Sala que el contrato que la precitada disposición autoriza celebrar al alcalde versa sobre lo que pudiera llamarse la parte administrativa del mandato, esto es, la cuantía del honorario, su forma de pago y demás estipulaciones de esa índole que afectan el presupuesto y en las cuales interviene este funcionario como ordenador de los gastos municipales; pero en lo que se refiere propiamente al mandato judicial que confiere la personería del municipio al apoderado, la intervención del alcalde es impertinente, y sólo procede para ese efecto la del personero. Así, pues, para apreciar la legitimidad con que un apoderado judicial ha llevado la representación de un municipio, basta tener a la vista la autorización que el correspondiente cabildo haya dado al efecto y el otorgamiento del respectivo poder por el 468, 2ª personero con observancia de las indicaciones del concejo. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 15 de 1941) ..... 789, 2ª y 790, 1ª

PETICION DE HERENCIA

— 247 —

La acción de petición de herencia, que es la vía conducente para el ejercicio del derecho real de herencia, es completamente diferente de la reivindicatoria o de dominio y se gobierna por disposiciones distintas de la ley sustantiva. La acción del artículo

Páginas

1321 del Código Civil no puede dirigirse sino contra la persona que esté ocupando la herencia en calidad de heredero, de tal modo que es improcedente dirigirla contra quien posée, aunque sea indebidamente, una cosa determinada por haberla adquirido por un título distinto del de heredero, como por compraventa, donación, etc. El poseedor vencido en el juicio de petición de herencia debe restituir todas las cosas hereditarias que conserva en su poder, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al de cujus, sino los aumentos que haya tenido la herencia. En relación con las cosas que no ocupa o que no están en su poder por haberlas enajenado, destruído o deteriorado, la orden de restitución no es procedente y la obligación del demandado sufre la trasformación señalada en el artículo 1324 del C. C. Cuando el que, arrogándose la calidad de heredero, ha ocupado indebidamente la herencia y enajenado a otras personas las cosas hereditarias, puede el heredero hacer uso de la acción reivindicatoria en razón de estas cosas si son reivindicables y contra los terceros que no las hayan adquirido por prescripción, como lo dispone el artículo 1325 del código citado, pero no es posible obtener la restitución de estas cosas con la simple acción de petición de herencia.

Respecto de las cosas hereditarías que el heredero demandado y vencido en el juicio no conserva en su poder por haberlas enajenado o las que han sufrido deterioro, es preciso distinguir si eran poseídas de buena o de mala fe, porque en el primer caso solamente será responsable de las enajenaciones o deterioros en cuanto lo hayan hecho más rico, y en el segundo, de todo su importe, aunque no se haya enriquecido con ellos. (Artículo 1324 C. C.). (1) (Casación, L., Nos. 1964 y 1965, octubre 16 de 1940) .. 371, 2ª y 372, 1ª

(1) Concordancias: Jurisprudencia de la Corte, tomo 3º, número 2984 y sentencia de la Corte, tomo XIV de la Gaceta Judicial, páginas 153 y siguientes.

Páginas

PETICION DE HERENCIA. Y ESTADO CIVIL

— 248 —

La acción de petición de herencia es distinta de la que se encamina a obtener una determinada filiación o estado civil. Quien ejercita esa acción ha de demostrar, como hecho principal, especialmente si se trata de una sucesión intestada, su estado civil en relación con el causante de la herencia disputada a fin de que la justicia determine si, a virtud de la vocación herencial que alega, tiene prioridad, igualdad o algún derecho sobre los bienes de la sucesión poseídos por otros en su condición de herederos. Si el auto no prueba su carácter de heredero la sentencia tiene que ser absolutoria, pero sin que sea lícito al juzgador decidir algo sobre estado civil cuando sobre esto no se ha hecho ninguna petición en el juicio, porque puede suceder, ciertamente, que al mismo tiempo se controvierta bajo una misma cuerda esta calidad. Sólo entonces, y por esa razón, puede fallarse sobre esa calidad o estado; porque esa ha sido también la intención del pleito. (Casación, L, 1964 y 1965, octubre 8 de 1940) 361, 2ª

PETROLEOS

— 249 —

Conforme al artículo 7º de la Ley 160 de 1936 es indispensable "la determinación precisa del terreno de que se trata".

No obstante la doctrina sentada en sentencia de fecha 1º de diciembre del año pasado, la Corte sostiene hoy que la ley de 11 de octubre de 1821 no reconoció un nuevo título de propiedad particular en contra del Estado, con efectos al pasado. Parece notorio que el pensamiento que dominó en la redacción del artículo primero de esta ley fue el de comprender bajo el concepto de baldíos enajenables todas las tierras que se habían reputado de la regalía de la Corona Española, es decir, las que no habían sido materia de enajenaciones directas por venta, merced, composición,

etc., o que habiéndolo sido habían vuelto al dominio público, conforme a la legisalción anterior. Inclusive las tierras pobladas y cultivadas de tiempo inmemorial y no amparadas por título del Estado se reputaron como no enajenadas por él, y por ende comprendidas en el concepto general de baldíos, según se deduce de los términos del artículo 5º de esa misma ley, según el cual ni las posesiones de origen remoto fueron reconocidas por sí solas como título de adquisición, pues tenían que complementarlo "sacando el título"; el artículo no indica cómo se cumplía esa formalidad; pero es natural que fuera mediante algún acto expreso de autoridad en que se reconociera que el poseedor había adquirido el dominio de lo poseído.

Es indudable que entre estos poseedores de tiempo inmemorial de que habla el artículo 5º estaban incluídos muchos, quizá casi todos los que fundaban su propiedad en adquisiciones derivadas de "compras sucesivas u otros títulos", entre particulares, de que habla el artículo 14. De manera que ni los poseedores de tiempo inmemorial podían escapar a la aplicación del artículo 5º. Según esto resulta jurídicamente inexplicable el alcance que se le atribuye al artículo 14 de la ley en el sentido de que esa disposición reconoció como de propiedad privada, y no del Estado, las tierras rurales adquiridas meramente por comprar sucesivas u otros títulos, otorgados entre particulares. De que la disposición estatuyera una formalidad que en caso de negligencia de los propietarios sería cumplida por el gobierno a costa de aquellos, en manera alguna se deducía que el Estado se desprendió del derecho de dominio que sin discusión le pertenecía, para conferírselo a los particulares poseedores. Así, pues, la ley citada está lejos de consagrar la propiedad privada de determinadas tierras, que la nación no había enajenado. Por tanto, los baldíos ocupados por títulos de adquisición corridos solamente entre particulares siguieron perteneciendo a la república, y con ellos el subsuelo correspondiente, porque en la legislación española dominaba el

Páginas

principio tradicional de derecho romano de que **qui dominus est soli, dominus est coeli et infernorum**. De ahí que cuando el monarca español concedía mercedes, composiciones, o vendía tierras realengas de sus colonias de Indias, el subsuelo también era implícitamente enajenado, salvo los **mineros** de oro, plata y azogue que se reservaron para el patrimonio de la Corona, según lo ordenado por el Rey Felipe II.

La interpretación que con autoridad hizo la Ley 200 de 1936 de la del año de 1821 se refiere a la superficie de las tierras y no al subsuelo, según se desprende del artículo 5º de aquella. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, octubre 25 de 1940) ..... 282 y ss.

PETROLEOS

— 250 —

Para que prospere un aviso de exploración de petróleos se requiere, conforme al artículo 7º de la Ley 160 de 1936 ,que modifica el artículo 28 de la 37 de 1931, que se presenten las siguientes pruebas: el título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873, o a falta de éste los documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia; los títulos de propiedad de la persona que da el aviso, sobre el terreno de que se trata, y el certificado del registrador de instrumentos públicos correspondiente, títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria; y la determinación precisa del terreno de que se trata. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L., números 1961, 1962 y 1963, abril 1º de 1940). 168, 1ª

PLAZO Y CONDICION

— 251 —

Lo que diferencia fundamentalmente el plazo de la condición es que aquel envuelve un suceso futuro, pero cierto, en tanto que ésta es futura e incierta. (Casación, L., números 1964 y 1965, noviembre 8 de 1940) 428, 2ª

Páginas

PONTAZGO

— 252 —

Entre la compañía explotadora de un puente que cobra derechos de pontazgo y los particulares o pasajeros que los pagan, se crea un vínculo contractual. Es jurídica, por tanto, la decisión del tribunal sentenciador al aceptar que en ese caso se ha celebrado un contrato de adhesión, de naturaleza innominada, entre el dueño del vehículo y los pasajeros que transitan por el puente, y la compañía explotadora de éste.

El dueño de un puente que cobra servicios de pontazgo está obligado a conservar su estructura en perfecto buen estado, vigilándolo constantemente y procediendo a las reparaciones necesarias a fin de asegurar el tránsito y evitar accidentes desgraciados. Si el puente está en mal estado debe cerrarlo al tránsito o suspenderlo mientras le hace las reparaciones necesarias. Si se halla en buen estado, toma a su cargo la responsabilidad natural que tal servicio implica o lleva en sí, salvo la demostración de la existencia de una circunstancia exculpativa, tal como fuerza mayor, caso fortuito o un elemento extraño, que puede ser un error de conducta de la víctima. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, diciembre 11 de 1940) .....

POSESION DEL TITULO DE LA OBLIGACION

— 253 —

Véase: **Título de la obligación.** (Casación del 20 de noviembre de 1940, G. J., números 1964 y 1965, páginas 448 y ss.).

POSESION EFECTIVA DE LA HERENCIA

— 254 —

El decreto de posesión efectiva de la herencia, que debe ser registrado, confiere a los herederos facultades dispositivas sobre los bienes sucesorales, pero no autoriza ni establece que en tal caso se prescinda de la partición, la que necesariamente debe hacerse para que el fallo aprobatorio de la partición venga a radicar en cabeza del heredero o legatario los bienes y derechos del causante. Ese decreto no obliga al partidor a adjudicar esos bienes al heredero o herederos a cuyo favor se expidió, ni el partidor lo viola al adjudicarles conforme les corresponda los bienes y derechos de la mortuoria. (Casación, L, números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940) (1) 108, 1

PRECIO

— 255 —

Conforme al artículo 1501 del Código Civil es de la esencia de la compraventa el precio. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 25 de 1941) 825, 1

PRESCRIPCION

— 256 —

Los dos conceptos de renuncia e interrupción de la prescripción se excluyen, ya que no siendo posible renunciar una prescripción sino después de cumplida por el vencimiento del plazo señalado en la ley, la renuncia excluye la posibilidad de ocurrencia del fenómeno contemplado en el artículo 2544 del C. C., puesto que los lapsos de tiempo prescriptivos ya cumplidos no son susceptibles de interrupción, y a la inversa, las prescripciones interrumpidas no pueden ser objeto de renuncia. Lo uno o lo otro, pero no los dos fenómenos jurídicos a la vez. 723, 1ª y 2ª

La prescripción extintiva, cuyo fundamento es más que una presunción de renuncia la conveniencia de evitar la inseguridad social que determinaría el dejar indefinidamente al capricho de los hombres el reclamo y ejercicio de sus derechos, puede ser renunciada expresa o tácitamente con la sola condición de que se haya cumplido. Ningún requisito es-

(1) Doctrina de la sentencia de instancia.

Páginas

pecial de forma exige la ley para la validez de este acto de disposición autorizado y definido en el artículo 2514 del C. C. Resultando la renuncia expresa de una declaración de la voluntad, fácilmente comprobable de acuerdo con las reglas generales del derecho probatorio, su establecimiento no ofrece ninguna dificultad. No así en tratándose de la que puede hacerse tácitamente, en que siendo indispensable interpretar un hecho para saber si constituye un reconocimiento del derecho del acreedor, no es posible resolver las cuestiones a que dé lugar aplicando alguna regla precisa y especial, sino en consideración de las modalidades y circunstancias que presente cada caso, en el hecho y en la intención. Exigiendo la ley que el hecho propio de quien pueda alegar la prescripción cumplida equivalga al reconocimiento del derecho de su acreedor, la única norma general y esencial que ha de tenerse en cuenta para deducir justamente el fenómeno de la renuncia tácita, es la de que ese hecho o acción (la omisión en alegar la prescripción es legalmente renuncia), sea inequívocamente expresivo del ánimo de reconocer la deuda o de abandonar un derecho adquirido. El hecho del beneficiario de una prescripción cumplida no puede ser equívoco en el sentido de expresar su reconocimiento del derecho legalmente abolido, sino que ha de ser "un hecho que sea incompatible con la voluntad de valerse de la prescripción", como con más claridad jurídica que el nuestro lo estatuye el código italiano. (Casación, L, números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940) 114, 1º

PRESUNCION

— 257 —

De que la víctima hubiera sido ultimada por medio de una sola puñalada, apenas se infiere que ésta pudo ser causada por un solo individuo y no que el autor de la muerte fuera asimismo un solo sujeto. (Casación, L, números 1964 y 1965, diciembre 3 de 1940) 557, 1ª

Páginas

PRESUNCION DE DOMINIO

— 258 —

La presunción establecida por el artículo 762 del Código Civil en su inciso 2º impone considerar en primer lugar, en un juicio reivindicatorio, las pruebas aducidas por el demandante para justificar su dominio; de suerte que es sólo al encontrarlas satisfactorias en tal sentido como y cuando cabe examinar los títulos que el demandado haya presentado, si es que no se ha limitado a ampararse con la aludida presunción. (Casación, L, números 1966, 1967 y 1968, marzo 19 de 1941) 777, 2º

PRESUPUESTOS PROCESALES

— 259 —

El examen de los presupuestos procesales en la parte que representa los elementos constitutivos de la acción que se ejercita, ya estudiando el derecho en sí o ya en relación con quien comparece en juicio reclamándolo, es cosa que corresponde hacer de oficio a los juzgadores como consideración previa indispensable para poder declarar con lugar o no la demanda y sin necesidad de que el reo haya propuesto o alegado la carencia de acción o su improcedencia. Es obligación legal, de oficioso cumplimiento, que el Juez estudie si se ha justificado o no la acción incoada. En este caso, la falta de la calidad jurídica de socio en el actor que demanda en nombre de una sociedad colectiva de minas y para ella, constituye incuestionablemente un defecto esencial en el ejercicio de la acción que el Tribunal está en el deber de apreciar al proferir su fallo. (Casación, L, números 1964 y 1965, diciembre 11 de 1940) ..... 492, 1º y 2º

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

— 260 —

El Procurador General de la Nación no puede ni debe eximirse de intervenir en casaciones que se pro-

Páginas

pongan bajo el imperio de la ley 94 de 1938, puesto que siempre es parte no recurrente en la nueva legislación procesal. (Artículo 92). (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, L, números 1964 y 1965, septiembre 20 de 1940) . . . . . 536, 2ª y 537, 1ª

PRUEBAS

— 261 —

La inconducencia de las pruebas se refiere a hechos sin relación con el asunto debatido; la ineficacia legal mira a determinados hechos a los que la ley niega valor probatorio. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1961, 1962 y 1963, julio 13 de 1940) . . . . . 173, 1ª y 2ª

PRUEBAS

— 262 —

Las normas que informan todo nuestro sistema probatorio indican que a los litigantes les corresponde determinar y elegir el modo legal que estimen conveniente para demostrar los hechos o actos jurídicos sobre que verse la materia de la controversia; establecen también que todo medio probatorio de los comprendidos dentro de la tarifa legal es hábil para obtener ese efecto, siempre que la misma ley no haya establecido que para probar determinada relación jurídica sea necesario un determinado medio específico con exclusión de los otros, o cuando haya expresado que ciertos medios no son admisibles para comprobar ese hecho o establecer un derecho determinado. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, octubre 31 de 1940) (1). 417, 2ª

PRUEBAS

— 263 —

El artículo 597 del Código Judicial no tiene la virtud de convertir en eficaces las pruebas a que se refiere, si conforme a otros preceptos legales no deben apreciarse. Ese artículo permite, sencillamente, estimar el mérito de las pruebas que enumera, según la fuerza que tengan en las disposiciones legales correspondientes. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 12 de 1940). 56,

PRUEBAS PRACTICADAS EN JUICIO DISTINTO

— 264 —

Aunque no se niega en tesis general que las pruebas practicadas en otros juicios son admisibles en un juicio posterior, la Corte encuentra inaceptable que con inspecciones oculares llevadas a cabo en otros pleitos se pretenda destruír el resultado de la misma prueba practicada en otro distinto en el que la inspección directa del Juez no ha producido el convencimiento de la identidad buscada. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, julio 17 de 1940) 866,

PRUEBA SUPLETORIA DE DEFUNCIONES OCURRIDAS EN ACCIDENTES DESGRACIADOS

— 265 —

Véase: DEFUNCION. (La sentencia de casación del 11 de diciembre de 1940, G. J., Nos. 1966, 1967 y 1968, páginas 718, 2ª y 719, 1ª y 2ª)

PRUEBAS TESTIMONIAL Y PERICIAL

— 266 —

Son cosas sustancialmente distintas la prueba testimonial y la pericial. El testigo declara sobre lo que le consta por percepción directa de los sentidos, sobre lo que ha visto u oído, al paso que el perito, quien desempeña un cargo, dictamina de acuerdo con sus conocimientos que deben estar ajustados a los principios de la profesión, arte o ciencia que profese. La exposición de un perito es conceptual, al paso que la de un testigo es la expresión de lo que ha visto u oído y nada más. De donde se deduce que la prueba tes-

(1) Véase el fallo de casación de 21 de agosto de 1935, G. J., número 1900, página 375 y ss.

ıonial no es la indicada para un alúo; la correspondiente es la pe-ial, que es tan distinta de la tes-ıonial. (Casación, L, Nos. 1964 y 65, diciembre 12 de 1940) .....

R

RADICACION DE SUMARIOS

— 267 —

Tratándose de asuntos criminales e para su juzgamiento requieren intervención del Jurado, la Cor-ha opinado favorablemente al cam-o de radicación cuando concurren ctores que pudieran alterar el am-ente social, con perjuicio de la se-nidad de los ciudadanos llamados a tegrar el Tribunal popular (Acuer-número 140 de 7 de junio, 144 de de julio y 154 de 9 de octubre de 40). (Sala de Casación en lo Cri-inal, L, Nos. 1964 y 1965. Acuer-N° 162 de 19 de febrero de 1941).

RAPTO

— 268 —

No es delito instantáneo el rapto. guese cometiendo, como continuo ue es, mientras la persona raptada ermanece en poder del raptor. (Au-, Sala de Casación en lo Criminal, Nos. 1964 y 1965, septiembre 20 1940). .....

RECAUDADORES

— 269 —

La responsabilidad de todo Recau-ador es justa, porque una de sus unciones consiste en activar los co-ros de las deudas causadas, de suer-que si no los activan incurren en ulpa, de la cual se libertan los de undinamarca conforme a la Orde-anza número 57 de 1915, probando ue en cada caso hicieron los res-ectivos cobros mediante el recono-miento librado contra el deudor. Has entre esa responsabilidad que stá condicionada por las deudas cau-adas y no cobradas, y la proveniente de insuficiencia de lo recaudado n relación con el respectivo capítulo de estimación presupuestal en el correspondiente período fiscal, hay un abismo. Obligar a los tesoreros a responder de las insuficiencias de lo recaudado en relación con el monto de lo calculado en el presupuesto de la respectiva renta, de lo cual nadie responde, ni siquiera la misma entidad de derecho público autora del presupuesto, equivale a imponerles un gravamen desnudo de toda causa, exactamente igual a una exacción. La responsabilidad del tesorero no puede deducirse sino en razón de ciertas y determinadas deudas que haya omitido cobrar. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, números 1966, 1967 y 1968, noviembre 21 de 1940). 494, 2º

RECOBRO

— 270 —

Cuando el dueño de una cosa singular en que otro edificó, dentro de las circunstancias previstas en el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, no ha perdido la posesión de la cosa, su acción no es ya de dominio, puesto que el edificador lo reconoce dueño del suelo y, por lo mismo, del edificio a que éste accedió Su acción es simplemente de recobro para que el ocupante, mero tenedor de la cosa o simple retenedor de la misma, sea obligado a restituírsela, en lo principal y lo accesorio, después que se le pague el valor del edificio. La tenencia material y el derecho de retener no han conferido al edificador la posesión del terreno. En las dos situaciones contempladas, habiéndose edificado a ciencia y paciencia del poseedor, su tácito consentimiento le creó una obligación indiscutiblemente justa: sufragar el valor del edificio. (Casación, L, Nos. 1966, 1967 y 1968, febrero 28 de 1941) (1)..... 528, 2º 536, 1ª 902, 1º y 2º 769, 1º y 2º

(1) Concordancia: la sentencia de casación del 13 de marzo de 1937, publicada en los números 1920 y 1921 de la **Gaceta Judicial**, página 714.

Páginas

RECURSO DE CASACION

— 271 —

El recurso de casación no se da contra los argumentos accesorios del fallo, sino contra aquellos esenciales en virtud de los cuales debe subsistir. Ha sido doctrina constante de la Corte que cuando la sentencia del Tribunal se sustenta en varios motivos y en el recurso deja de acusarse o se acusa sin éxito uno que es suficiente por sí solo para servir de soporte a la decisión, el recurso es ineficaz. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, diciembre 11 de 1940) 491, 2ª

RECURSO DE CASACION

— 272 —

El fin principal del recurso de casación es el de unificar la jurisprudencia nacional y su efecto es el de reparar los agravios inferidos a las partes, cuando las sentencias de los Tribunales son violatorias de disposiciones legales sustantivas, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, cuando la violación es resultado de la falta de apreciación de pruebas o de su indebida calificación, o cuando ocurre otro de los eventos señalados en los distintos numerales del artículo 520 del Código Judicial. En manera alguna está instituído el recurso de casación para corregir defectos procedimentales que debieron serlo en las instancias, o para corregir errores aritméticos. (Casación, L, números 1964 y 1965, noviembre 30 de 1940).

RECURSO DE CASACION

— 273 —

El auto para mejor proveer no da asidero ni base para el recurso de casación por haberse dictado u omitido. Es una potestad soberana del sentenciador y corresponde a un estado psíquico de él que sólo a él le es dado apreciar en su conciencia, y no en manera alguna a sugestión, indicación o solicitud de las partes, según el artículo 600 del Código Judicial. (Casación, L, números 1964 y 1965, diciembre 4 de 1940) 472,

RECURSO DE CASACION

— 274 —

El artículo 494 del C. J. es aplicable al recurso de casación por analogía.

La apelación y el recurso de casación se refieren a la parte resolutiva de las sentencias, que es la que establece los derechos de los litigantes, pues la motiva no desempeña ningún papel al respecto y puede ser variada según el criterio del juzgador. (Casación, L, números 1961, 1962 y 1963, noviembre 8 de 1940). 128,

RECURSO DE CASACION

— 275 —

El recurso de casación puede interponerse en el acto mismo de la notificación de la sentencia de segunda instancia, sin que sea necesario un escrito especial o un memorial **ad hoc.** La manifestación de interponer el recurso en el acto de la notificación es un **escrito,** conforme al artículo 522 del Código Judicial. (Auto, Sala de Casación Civil, L, números 1964 y 1965, febrero 5 de 1941). 503,

RECURSO DE CASACION

— 276 —

No hay lugar a recurso de casación contra las sentencias que deciden los juicios especiales de deslinde. Tal recurso es procedente sólo cuando el juicio especial se convierte en ordinario. (Auto, Sala de Casación Civil, L, Nos. 1964 y 1965, octubre 29 de 1940) 397,

RECURSO DE CASACION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES

— 277 —

No es procedente el recurso de casación contra las sentencias proferi-

Páginas

ıs por tribunales de arbitramento, s cuales fallan "verdad sabida y ıena fe guardada". Los árbitros ın meros mandatarios legales y le- s de decidir las cuestiones que les cumben de acuerdo con las leyes ıstantivas y adjetivas, las resuel- en en conciencia; por esto no están ›ligados a fundar sus decisiones en derecho, sino en la equidad natu- l, que es su única regla. Siendo es- así, mal podría aceptarse que la orte pudiera entrar a revisar esa ase de decisiones. La consideración e que a nadie la es dado penetrar n el fuero interno de los demás y ue el objeto y fin principal del re- ırso de casación es el de unificar la ırisprudencia, y no el criterio par- cular del individuo (art. 519, C. J.), ıpone esta conclusión inevitable. Auto, Sala de Casación Civil, L, nú- eros 1961, 1962 y 1963, agosto 30 e 1940). . . . . 10, 1ª y 2ª

REDENCION DE MINAS

— 278 —

Véase: MINAS. (Casación del 29 e octubre de 1940, G. J., Nos. 1964 1965, página 411).

REFORMA PENAL

— 279 —

Vigente la Reforma Penal desde el ° de julio de 1938, a los jueces no es es permitido pretextar los incon- enientes de orden práctico que pue- la ofrecer la ejecución de algunas le las sanciones por ella estableci- las, para dejar de aplicarlas en las entencias. De suerte que, si han si- o satisfechas todas las formas pro- ias del juicio y en virtud de ellas re- ulta, por ejemplo, que el hecho cri- ninoso se realizó en las circunstan- ias previstas en el artículo 29 del uevo código, el Juez no podría, sin ncurrir en responsabilidad, abste- erse de imponer al acusado las me- lidas de seguridad a que es acreedor onforme a esa disposición y aplicar- le, en cambio, otra clase de sancio- nes, o decretar su libertad, fundán- dose en que no existen en el país los manicomios criminales o las colonias agrícolas especiales para recluír y tratar científicamente las diferentes especies de delincuentes anormales. La construcción de tales establecimientos y la adaptación, mientras tanto, de los existentes, son preocupaciones de orden administrativo que no deben tomar para sí los encargados de impartir la justicia.

Y en cuanto a la garantía constitucional de la aplicación de la ley más favorable al reo, aunque sea posterior, es norma que tampoco está condicionada a las posibles dificultades que ofrezca la debida ejecución de determinadas sanciones. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, diciembre 5 de 1940). . . . . 560, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

— 280 —

El reivindicador debe demostrar plenamente que es propietario de la cosa que pretende reivindicar; que dicha cosa aparece debidamente determinada, individualizada o identificada, y que el demandado es el actual poseedor de ella (Casación, L, números 1964 y 1965, octubre 24 de 1940). (1). . . . . 393, 1°

REIVINDICACION

— 281 —

Si la ley obliga al demandante a demostrar que es dueño de la cosa que quiere reivindicar, o sobre la cual solicita una declaración de propiedad, cuando la acción versa sobre inmuebles ha de hacerlo presentando la prueba específica correspondiente que es la escritura pública registrada —artículo 630 del Código Judicial—, ya que con ella y sólo con ella comprueba que por el medio legal dé la tradición radica en él la condición de dueño que ha alegado en su de-

(1) Artículo 946 del Código Civil.

Páginas

manda. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940). 730, 2ª

REIVINDICACION Y SUFICIENCIA DE TITULOS

— 282 —

Quien intenta reivindicar o solicitar una declaración de dominio ha de probarlo con la escritura pública correspondiente, en tratándose de bienes raíces, de acuerdo con el artículo 630 del Código Judicial.

Una cosa es el título mismo y otra la suficiencia de él, y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aduzcan las partes, lo que se hace en debate amplio, al demandante le basta afirmar y comprobar su condición de dueño presentando el título, y al demandado, si tiene otro anterior o posterior de mejores condiciones, proceder a oponérselo al primero; en este caso, sólo entonces, si el demandante quiere demostrar que su título es legalmente atendible puede acreditar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicador le basta demostrar que es dueño de la cosa, y esa demostración se hace con la presentación de su título debidamente registrado y nada más. En ninguna parte ha dicho la ley que para reivindicar u obtener una demostración de propiedad, es necesario presentar título acreditado como suficiente. Si sólo con título acreditado de suficiente pudiera obtenerse una declaración de propiedad, resultaría que dueños de terrenos con títulos de corta data no podrían ampararse en la justicia para volver a su patrimonio lo que les pertenece, pero que por una u otra circunstancia está poseído por terceros; y esto es desde todo punto de vista inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho. (Casación, L., números 1964 y 1965, agosto 12 de 1940). ..... 339, 2ª y 340, 1ª

REMISION

— 283 —

Aunque de acuerdo con el artículo 1712 del Código Civil la remisión que procede de mera liberalidad está sujeta en todo a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que ésta se requiere, sin embargo, tratándose de remisión tácita, no es posible aplicar aquellos preceptos en cuanto sólo se refieran a requisitos exteriores, porque fundándose en un hecho que se traduce en manifestación de voluntad tácita, esto es, en ausencia de toda forma, no hay lugar a exigir ninguna condición externa esencial. (Casación,, L., números 1964 y 1965, noviembre 20 de 1940). 448, 2ª

RENUNCIA DE DERECHOS

— 284 —

La simple intención de renunciar a un derecho no equivale a la renuncia efectiva de éste y hay muchos casos en que esa renuncia, para que sea válida, requiere ciertas formalidades legales. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940). 25, 1

RENUNCIA DE LA PRESCRIPCION

— 285 —

Véase: **Prescripción.**

REPUDIACION DE LA HERENCIA

— 286 —

La facultad de repudiación de la herencia por un asignatario no es irrestricta ni ilimitada y no puede ir nunca en perjuicio de los intereses de los acreedores: de ahí los principios consagrados por los artículos 1295 del Código Civil y 909 del Judicial. (Casación, L., números 1964 y 1965, septiembre 30 de 1940). 356, 2ª

Páginas

RESPONSABILIDAD CIVIL

— 287 —

En cuestiones de responsabilidad civil cada caso constituye un problema de hecho para la configuración jurídica de la culpa, en cuya dilucidación es preciso apreciar todas las circunstancias y modalidades propias del suceso en que se pretende generar. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 15 de 1941). . . . 792, 2ª

RESPONSABILIDAD POR CULPA

— 288 —

La violación de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil resulta necesariamente de la comprobación de estos dos dechos: 1º que la persona obligada a responder por el daño puso toda la actividad y cuidado que su calidad exigía, sin que ello obstara para impedir el hecho culposo, y 2º que no hubo malicia ni negligencia en el agente que causó el daño. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, febrero 14 de 1941). 739, 1ª

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL

— 289 —

"Según el sistema de nuestro Código Civil, más completo al respecto que el Código Francés, y según la jurisprudencia de la Corte contenida en los fallos mencionados en esta sentencia, la responsabilidad reposa sobre la idea de la culpa probada o presumida. Se creyó en un principio por algunos que el artículo 2356 del Código Civil era una repetición del 2341 de la misma obra, pero estudios detenidos sobre este extremo llevaron a la conclusión de que esas normas contemplan y regulan situaciones muy distintas y que, por lo tanto, la segunda no puede considerarse como simplemente repetida por la primera de las citadas. Es verdad que ambos artículos parten de la existencia de una falta, de una culpa probada o presumida, lo cual, no es inoficioso repetir, excluye la teoría del riesgo creado, pero de esa base se arrancan hacia situaciones divergentes. El artículo 2356 que se enfoca hacia los daños o perjuicios que puede causar el ejercicio de ciertas actividades peligrosas, que como lo ha dicho la Corte, no contiene en sus numerales 1º 2º y 3º una norma taxativa, parte de la presunción de peligrosidad anexa a ciertas actividades y por eso la carga de la prueba se desplaza del demandante para recaer sobre el demandado porque así lo indica la naturaleza de la actividad peligrosa. La presunción de culpa que en el caso del artículo que se estudia pesa sobre el demandado, y lo obliga a la reparación del daño o perjuicio causado, puede ser desvirtuada por uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito e intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente, y ese elemento puede ser un error de conducta o sea la misma culpa de quien sufrió aquél, es decir, de la víctima.

La fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, en tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, porque cuando el accidente pudo o debió ser previsto por quien ejercitó la actividad, el caso fortuito que motivó el accidente, por lo mismo que era previsible, no causa exoneración de responsabilidad. El error de conducta de la víctima envuelve el concepto de una culpa en ésta y entonces esta culpa se enfrenta a la del agente y se produce, según las circunstancias, la reducción en el monto del perjuicio que puede llegar hasta la compensación total. No es, pues, que el error de conducta de la víctima destruya la culpa del agente ni menos que ese error rompa la relación de causalidad entre el hecho que produce el accidente y el perjuicio, sino que existiendo ambas culpas, la del agente y la de la víctima, el daño causado está sujeto a reducción en los términos ya expresados y tal es el verdadero alcance del artículo 2357 del Código Civil.

"Resumiendo la doctrina sobre la culpa extracontractual, a la que se refiere este fallo, puede dividirse el título 34 del libro 4º del Código Ci-

Páginas

vil, que la consagra, en tres grupos: el primero, constituído por los artículos 2341 y 2345 que contienen los principios generales de la responsabilidad delictual y cuasi delictual del hecho personal; el segundo, formado por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352 que regulan lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro, y el tercero, que comprende los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas o inanimadas. En sentencia de 12 de mayo de 1939 (G. J., Tomo XLVIII, página 23), se hizo tan importante distinción y de ese fallo son los siguientes apartes: 'Cada uno de estos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles; de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer punto...'

"Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una falta de vigilancia o en una mala elección.'

"En síntesis: en las dos últimas agrupaciones de que se ha hecho mérito se presume la culpa, al paso que en la primera de ellas esa presunción no existe y la culpa demostrada o presumida se traduce, como consecuencia jurídica y necesaria, en responsabilidad. Ya se vio cómo en el caso del artículo 2356 puede haber exoneración de responsabilidad y en tratándose de las disposiciones de los artículos 2346 a 2349 puede el superior o el patrón destruír la presunción de culpa que pesa sobre él demostrando en su caso que no se le puede imputar negligencia o descuido o que el daño causado por su subordinado se realizó cuando no estaba bajo su custodia". (1). (Casación, L., números 1964 y 1965, noviembre 15 de 1940). ..... 439, 2ª y 440, 1ª y 2ª

Páginas

REVISION

— 290 —

Interpretando el artículo 473 del C. J. sostiene la Corte que son instituciones jurídicas distintas la nulidad procesal de una sentencia proferida en juicio especial, por irregularidades en la secuela, y su infirmación o reforma en juicio ordinario revisorio por violación manifiesta de un derecho sustantivo, no obstante que ambas cuestiones pueden proponerse y obtenerse en aquellos casos en que la ley lo permite. El criterio científico es el de que para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el artículo 473 del C. J., un asunto o controversia que ya había sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la respectiva providencia judicial que decidió la controversia en juicio especial, ni tal declaración es viable, porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que el llamado recurso de revisión plantea el estudio y examen de fondo de hechos generadores de derechos sustantivos o ventila en ocasiones el derecho mismo.

En un juicio ordinario revisorio sólo es procedente suplicar la nulidad de un remate hecho en trámite especial, por ministerio de la justicia, por una de estas dos razones: porque

(1) Cita la Corte como ilustración del fallo la obra del doctor Antonio Rocha titulada "**De la prueba en Derecho**", en el capítulo que atañe a la responsabilidad.

Págs.

el contrato de venta realizado en virtud de la subasta es nulo como acto civil, por faltarle alguno de los elementos esenciales para su existencia, habida consideración a su naturaleza o a la calidad y estado de los contratantes; o porque se han omitido algunas de las formalidades previas señaladas por la ley procesal, tales como la fijación de carteles, señalamiento de día y las demás especialmente determinadas. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 16 de 1940). ..... 78, 1ª y siguientes

RIESGO

— 291 —

"La teoría del riesgo se funda, según Ripert, en que todo perjuicio causado debe ser atribuído a su autor y reparado por él, porque todo problema de responsabilidad civil se reduce a otro de causalidad; por eso cualquier hecho del hombre que cause perjuicio, causa reparación a favor de la víctima. Según esta teoría desaparece el concepto o la idea de culpa, para dar cabida de una manera exclusiva a la idea de causalidad, la cual fundamenta exclusivamente la responsabilidad. De modo que según la teoría que se analiza no puede examinarse si en el perjuicio inferido a la víctima ha mediado la culpa ni si ésta se presume, pero ni siquiera alegar la fuerza mayor o el caso fortuito. El concepto de exculpabilidad no existe a la luz de esta teoría, porque según ella basta que el hecho se produzca, basta la relación de causalidad para que nazca la responsabilidad.

Aunque Ripert se inclina a esta teoría, es lo cierto que Planiol, Colin y Capitant no la admiten y algunos expositores franceses que en principio parecieron admitirla rectificaron después su concepto y últimamente los tratadistas que se han especializado en el estudio de la culpa como los hermanos Mazeaud y Henri Lalou la han combatido. La jurisprudencia francesa no ha aceptado tal teoría, y en los países donde el legislador ha consagrado el principio que

Págs.

la informa, lo ha atemperado de una manera muy notoria para evitar produzca todas sus consecuencias de ahí las disposiciones del artículo 54 del Código Suizo de las Obligaciones y del 289 del Código Civil Alemán.

Esta Corte tampoco ha aceptado, ni podría aceptar, la teoría del riesgo, porque no hay texto legal que la consagre ni jurisprudencialmente podría llegarse a ella desde luego que la interpretación del artículo 2356 del Código Civil se opondría a ello. Cuando la Corte ha hablado del riesgo en algunos fallos lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, lo cual es claro y obvio si se considera que en tales fallos se ha partido de la doctrina de la presunción de culpabilidad, que por lo ya dicho es opuesta y contraria a la del riesgo creado". (Casación, L, números 1964 y 1965, noviembre 15 de 1940). . . .. 439, 1ª y 2ª

S

SECUESTRE JUDICIAL

— 292 —

El secuestre judicial tiene la obligación de retener, cuidar, conservar y entregar, previa orden de autoridad competente, la cosa o el efecto secuestrados, pero nada más y a esto se reducen sus relaciones jurídicas con las partes. La retención del sueldo embargado a un obrero no constituye al patrón en agente oficioso del ejecutante para que tenga la obligación de comunicar a éste el despido del ejecutado. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940). 21ª 2ª

SENTENCIA EN JUICIOS DE ARBITRAMENTO

— 293 —

No es susceptible del recurso extraordinario de casación. (Auto, Sala de Casación Civil, L., números 1961, 1962 y 1963, agosto 30 de 1940). . . .. 10, 1ª y 2ª

Páginas

SERVICIOS

— 294 —

La prestación de servicios personales, de acuerdo con las reglas legales que gobiernan esta especie de convención, no habiendo mediado contrato por escrito, no puede pactarse por plazo mayor de un año, ni entenderse naturalmente que se han concertado por un término distinto de éste en caso de que nada se haya establecido al respecto; pero nada impide legalmente que el contrato de arrendamiento del criado haya sido renovado sucesivamente y a medida que fueron cumpliéndose los períodos anuales que permite la ley para su duración.

La acción judicial para el cobro de estos salarios es una de las que prescriben en corto tiempo, en dos años, según lo establece el artículo 2543 del C. C., para lo cual exige la ley solamente que durante ese lapso no se haya ejercitado. La modalidad esencial que corresponde a este contrato de arrendamiento y que reduce la posibilidad de estipular su duración por más de un año, cuando no se celebra por escrito, determina asímismo la prescripción periódica y progresiva de la acción de cobro, a medida que fueron cumpliéndose los plazos anuales y que pudieron exigirse los salarios correspondientes al período, ya que el tiempo de la prescripción se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. (Artículo 2535, C. C.).

El hecho de no haberse cobrado el precio del salario en un contrato de arrendamiento de servicios durante cierto lapso de tiempo, no puede equipararse a concesión de plazo, porque, como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, no habría nunca lugar a la consumación del término prescriptivo de la acción. (Casación, L., números 1961, 1962 y 1963, septiembre 24 de 1940). ..... 114, 1ª y 2ª

SIMULACION

— 295 —

Para que la simulación exista es necesario que aparezca como pactada una convención, con todos los elementos esenciales y naturales que la ley fija para su existencia jurídica, celebrada la cual viene a encubrir u ocultar otra de distinta índole que fue la querida por las partes y la que de manera efectiva pactaron, pero que no aparece allí y cuya existencia es indispensable demostrar con otros elementos probatorios traídos al proceso. (Casación, L., números 1966, 1967 y 1968, marzo 25 de 1941). 824, 2ª 825, 1

Págii

SIMULACION Y NULIDAD

— 296 —

La acción de simulación es esencialmente distinta de la de nulidad; en la primera se trata de hacer prevalecer un contrato secreto sobre el pacto ostensible, o sea, de la desaparición de un pacto aparente para que en su lugar surja el que efectiva y verdaderamente acordaron las partes. En la segunda se trata de la invalidación de un acto jurídico real en que por ciertas deficiencias o de fondo o de forma, no puede subsistir, y entonces al decretarse la nulidad las cosas vuelven al estado anterior como si antes no se hubiese contratado. La simulación, aun decretada, no afecta a los terceros por cuanto éstos deben atenerse al pacto ostensible y no están ni pueden estar al cabo de los pactos secretos que al celebrar un contrato hayan convenido las partes.

En materia probatoria, respecto de la simulación, la Corte ha hecho esta distinción: o se trata de la acción ejercitada por una de las partes, o de la ejercitada por un tercero. En el primer caso, es necesario que el contratante que pactó simuladamente presente siquiera un principio de prueba por escrito respecto de la existencia del pacto secreto o que obtenga sobre este punto la confesión del demandado contratante. En el segundo caso, los terceros no tienen por qué presentar la comprobación de la existencia de ese pacto secreto, por lo mismo que ellos fueron ajenos al contrato y entonces pueden

ıdir a todos los medios probato-
s adecuados para demostrar la si-
ılación. Especialmente la prueba
liciaria es la más usada en esta
:ión. (Casación, L., números 1966,
67 y 1968, febrero 27 de 1941). . .

SIMULACION Y NULIDAD

— 297 —

Son sustancialmente diferentes, co-
o lo ha dicho la Corte en nume-
ısas sentencias, las acciones de si-
ulación y de nulidad. La acción o
:cepción de simulación consiste en
ıcer prevalecer entre las partes
›bligaciones o efectos jurídicos de
n contrato oculto, sobre lo estipu-
.do ostensiblemente entre las mis-
ıas partes, en atención a que el con-
:ato privado u oculto envuelve la
erdadera y real voluntad de ellas y
in perjuicio de terceros. (Casación,
.., números 1966, 1967 y 1968, mar-
o 18 de 1941). (1)

SINGULARIZACION DE INMUEBLES

— 298 —

Singularizar un inmueble, particu-
ırizarlo entre otros, es cosa distinta
el proceso tendiente a precisar ma-
erialmente y sobre el terreno esa
ıisma singularidad. Se singulariza
n inmueble llamándolo por sus lin-
eros, y esa alinderación se objetivi-
a materialmente mediante la identi-
icación de las líneas divisorias que
› separan de los demás y que lo ha-
en inconfundible con otros. (Casa-
ión, L, números 1964 y 1965, octu-
re 31 de 1940) . . . . . .

SOCIEDAD

— 299 —

Demandada una sociedad para la
evolución de una prenda que recibió
e su deudor no le es lícito al juzga-

(1) Concordancias: G. J., tomo XLIV, página 167, y tomo XLIII, página 829.

Páginas	
755, 2ª	dor entrar en el estudio de si fue o no bien constituída, si se constituyó por escritura pública, etc., absteniéndose así de estudiar el proceso en el fondo. La falta en que hubiera incurrido la sociedad no podría ella aducirla en su descargo, dadas disposiciones legales como las de los artículos 472 y siguientes del C. Co. Si se la absolviese por ese motivo la sanción por la falta recaería sobre los terceros; y la sociedad y las personas que de hecho la formaron obtendrían una situación ventajosa, contra lo preceptuado en esas disposiciones y contra el aforismo **"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"**. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 31 de 1940) 30, 1ª

SOCIEDADES EXTRANJERAS

— 300 —

812, 2ª y 813, 1ª	El establecimiento en el territorio de la República de una sucursal de sociedad extranjera equivale a la creación de una nueva sociedad colombiana. La ley quiere que esa sociedad sea considerada como tal. Surge por este hecho una nueva persona jurídica con goce pleno de la libertad contractual consagrada en nuestras instituciones y que se beneficia de la protección y garantías que le brinda el Estado. Si el legislador, que redacta siempre en forma general e impersonal sus preceptos, hubiese tenido en mira estatuír un caso de excepción para el pago de tributos en favor de las sociedades extranjeras que establecen sucursales en Colombia, así lo hubiera expresado categóricamente. Tal excepción sería inequitativa. Los extranjeros,
416, 1ª	que participan al igual de los colombianos de las garantías sociales, deben contribuír como éstos al pago de los tributos fijados por el Estado para su sostenimiento y para la prestación eficaz de los servicios públicos. La ley, al imponer el tributo de $ 0.20 para cada $ 100 de capital de las sociedades civiles o comerciales que surjan a la vida jurídica, no hizo diferencia alguna en materia de nacionalidad. Al otorgarse la escritura de asociación debe cancelarse el

Páginas

impuesto si la sociedad es colombiana. Si no lo es —y aquí la ley la considera tal— el pago se hace cuando se acude ante el Notario a verificar la declaración de voluntad que se concreta en la constitución de las sucursales en Colombia; porque mediante ella adquiere la personería jurídica indispensable para ser sujeto de derechos y obligaciones, declaración cuyo registro no es facultativo sino obligatorio, como equivalente en sus consecuencias a la escritura de asociación. El tiempo para el pago de un impuesto de esta naturaleza no está fijado en la ley, pero su silencio lo suple la jurisprudencia fijando para el caso aquel en que se hace ante Notario la declaración de voluntad por la cual se constituye la sucursal, toda vez que esa declaración equivale exactamente a la escritura de asociación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, agosto 21 de 1940). 202, 1ª y 2ª

SOCIEDADES ORDINARIAS DE MINAS

— 301 —

Véase: MINAS.

SOCIO

— 302 —

La falta de la calidad jurídica de socio en el actor que demanda en nombre de una sociedad colectiva de minas y para ella, constituye incuestionablemente un defecto esencial en el ejercicio de la acción que el Tribunal está en el deber de apreciar al proferir su fallo. (Casación, L, números 1964 y 1965, diciembre 11 de 1940) 492, 2ª

SOCIO GESTOR

— 303 —

Por mandato del artículo 606 del Código de Comercio el gestor queda indefinida y solidariamente responsable de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad. (Casación, L, números 1966, 1967 y 1968, febrero 20 de 1941) 746, 2ª

Pág

SORTEO DE JURADOS

— 304 —

Ha sido doctrina constante de la Corte, consignada en numerosos fallos, la de ordenar la reposición del proceso en todos los casos en que han existido errores o irregularidades en la diligencia de sorteo de jurados. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1964 y 1965, noviembre 18 de 1940) 541

SUCURSALES DE CASAS COMERCIALES O DE SOCIEDADES EXTRANJERAS — SUCURSALES DE SOCIEDADES EXPLOTADORAS DE PETROLEOS

— 305 —

Aunque las sucursales de las sociedades comerciales son simples derivaciones de la casa matriz, conforme a la regla general, ese principio sufre excepción en lo tocante a la sucursal o casa que deben constituír las empresas extranjeras que quieran establecerse en el país para negociar en petróleos, como se desprende del artículo 8º, inciso 2º, de la ley 37 de 1931. La sucursal de una compañía extranjera del tipo común no es considerada como casa colombiana, ni para los efectos nacionales ni para los internacionales, y puede establecerse sin sujeción al artículo 470 y concordantes del C. de Comercio. Entre una y otra sucursal, la de tipo corriente, que es simple derivación de la principal, y la que se constituye conforme al artículo citado, hay, pues, marcada diferencia que hace aparecer a la última con fisonomía propia, fisonomía colombiana, y que la presenta como persona que surge a la vida económica de Colombia, poniendo en movimiento determinado capital. Cuando una compañía extranjera que se propone negociar en petróleos en el país constituye una sucursal con ese fin, se crea otra entidad nueva, una entidad que surge a la vida por medio de declaración expresa que hace esa compañía extranjera de quedar constituída como colombiana la nueva casa. Desde el punto de vista inter-

Páginas

o sea de las relaciones entre las entidades, la casa principal exnjera y su sucursal en Colombia lrán estimarse como una sola inidualidad jurídica; pero para los ctos de las relaciones de esa susal con el Estado o con terceros,)rá de tenérsele indefectiblemente 10 una entidad independiente, con 'sonería propia, sujeta a ser con-'sada, si llegare el caso, conforme as leyes del país. (Sentencia, Sala Negocios Generales, L, Nos. 1961, 62 y 1963, agosto 29 de 1940) . . .. 223, 2ª y stes.

SUFICIENCIA DE TITULOS

— 306 —

Quien intenta reivindicar o solici- una declaración de dominio ha de obarlo con la escritura pública co-espondiente, en tratándose de bie-s raíces, de acuerdo con el artículo 0 del Código Judicial.

Una cosa es el título mismo y otra suficiencia de él, y como es precimente en una acción de propiedad nde se controvierten o discuten los ulos que aduzcan las partes, lo que hace en debate amplio, al demannte le basta afirmar y comprobar condición de dueño presentando el ulo, y al demandado, si tiene otro terior o posterior de mejores conciones, proceder a oponérselo al imero; en este caso, sólo entonces, el demandante quiere demostrar ue su título es legalmente atendie, puede acreditar su suficiencia ara mayor abundamiento y convicón. Al reivindicador le basta demostrar que es dueño de la cosa, y a demostración se hace con la prentación de su título debidamente gistrado y nada más. En ninguna rte ha dicho la ley que para reindicar u obtener una demostración propiedad, es necesario presentar tulo acreditado como suficiente. Si lo con título acreditado de sufiente pudiera obtenerse una declaación de propiedad, resultaría que ueños de terrenos con títulos de rta data no podrían ampararse en justicia para volver a su patrimo-

Páginas

por una u otra circunstancia está poseído por terceros; y esto es desde todo punto de vista inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho. (Casación, L, Nos. 1964 y 1965, agosto 12 de 1940) ..... 339, 2ª y 340, 1ª

SUFICIENCIA DE TITULOS

— 307 —

Véase: TITULOS. SU SUFICIENCIA. (Casación del 12 de diciembre de 1940, página 730, tomo L, números 1966, 1967 y 1968 de la Gaceta Judicial).

SUMARIO Y SU TRASLADO A OTRO DISTRITO JUDICIAL

— 308 —

No se halla dentro de las atribuciones de la Sala de Casación en lo Criminal la de opinar si un sumario o causa por infracción de la ley penal de que conozca un Juez de Circuito, debe o no adelantarse ante otro Juez de la misma categoría. (Artículos 58 y 59 del nuevo Código de Procedimiento Penal. (Acuerdo, Sala de Casación en lo Criminal, L, números 1966, 1967 y 1968) ..... 828, 1ª y 2ª

T

TEORIA DEL RIESGO

— 309 —

Véase: RIESGO. (La sentencia de casación del 15 de noviembre de 1940, G. J., números 1964 y 1965, página 439, 1ª y 2ª).

TITULO DE LA OBLIGACION

— 310 —

La posesión de un título en manos del deudor, de acuerdo con los principios del derecho probatorio, debe

considerarse regular en virtud de la regla legal de que la buena fe se presume y, por consiguiente, que le ha sido entregado voluntariamente. No siendo admisible otra prueba que la escrita respecto de obligaciones que por su cuantía deben constar de este modo, es lógico considerar que el acreedor que voluntariamente se deshace del título de su crédito, constante en documento privado, renuncia a la única forma de demostración de que legalmente podía disponer, dando origen de esta manera a que se presuma la liberación de su deudor, porque haya recibido el pago o porque quiera hacer remisión de la deuda. Entregado voluntariamente el título de la obligación al deudor, o destruído o cancelado en esta misma forma por su dueño, hay base de presunción suficiente para tener por extinguida la obligación, pero admitiendo que el acreedor pueda probar que la entrega, destrucción o cancelación de su título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de extinguir la deuda, como demostrando, por ejemplo, que el ladrón de su documento lo entregó al deudor, o que en un incendio se destruyó, o que se canceló equivocándolo con otro.

De los casos exceptuados en el art. 93 de la ley 153 de 1887, constitutivos de excepciones de excepción, el consistente en la imposibilidad física para hacerse a la prueba preconstituída que exige la ley, ha sido ampliado por la jurisprudencia de acuerdo con la doctrina, desde su obvia significación literal de haber sido imposible obtener el contrato escrito inicialmente, hasta la imposibilidad moral de obtener la prueba escrita, como acontece con el valor de los servicios médicos, y en presencia de los casos en que habiendo existido originalmente la prueba literal ha desaparecido el acto escrito. Para esta última ocurrencia no puede ser indiferente la causa de la desaparición del instrumento escrito comprobatorio; es necesario que su pérdida haya sido la consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito para que la reconstrucción del acto sea judicialmente posible por medio

Págs. Páginas

de todas las especies probatorias sin exclusión ninguna.

El derecho de un acreedor para que se le devuelva por su deudor el título de la obligación está condicionado naturalmente por la vigencia de la obligación de que da testimonio. Si la obligación está extinguida, la tenencia dél título, cancelado o no, corresponde al deudor, o mejor, a quien lo fue. (Casación, L, números 1964 y 1965, noviembre 20 de 1940). 448, 1ª y ss.

TITULO EJECUTIVO EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

— 311 —

Para poder librar mandamiento de pago se deben tener en cuenta la jurisdicción del Juez y las formalidades de fondo y externas del título ejecutivo. Además de la existencia de un título que preste mérito ejecutivo para que prospere la acción ejecutiva, deben estar determinados de una manera cierta los sujetos activo y pasivo de la acción. Ya la Sala tiene sentada jurisprudencia en el sentido de que en las ejecuciones que se siguen por jurisdicción coactiva contra las personas jurídicas de derecho privado debe comprobarse previamente su existencia y la personería de su representante. También ha dicho la Sala que en tales juicios "la prueba acerca de la personería del demandado ha de producirse con anterioridad a la demanda y aducirse con ella; por eso el artículo 232 del C. J. no es aplicable a esta clase de juicios". (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1966, 1967 y 1968, agosto 8 de 1940) ..... 874, 2ª y 875, 1ª

TITULOS.—SU SUFICIENCIA

— 312 —

Una cosa es el título y otra su suficiencia, y como es precisamente en una acción de propiedad donde se controvierten o discuten los títulos que aducen las partes, lo que se hace en debate amplio, le basta afirmar al

demandante su condición de dueño y demostrarla presentando el título, y al demandado oponérselo al primero, si tiene otro anterior o posterior de mejores condiciones. En este caso, si el demandante quiere demostrar que su título es legalmente el más atendible, puede comprobar su suficiencia para mayor abundamiento y convicción. Al reivindicador le basta demostrar que es dueño de la cosa y esa demostración se hace con la presentación de su título debidamente registrado y nada más. En ninguna parte ha dicho la ley que para reivindicar u obtener una declaración de propiedad es necesario presentar título acreditado de suficiente. Igual doctrina sentó la Corte en sentencia de casación del 30 de septiembre de 1919. Aún más: si sólo con título calificado de suficiente pudiera obtenerse una declaración de propiedad, resultaría que dueños de terrenos con títulos de corta data no podrían ampararse en la justicia para volver a su patrimonio lo que les pertenece, pero que por una u otra circunstancia está poseído por terceros. Eso es inaceptable. La suficiencia del título sería necesario demostrarla si quien reivindica o quiere una declaración de propiedad fuera obligado a dirigir su acción contra todo sujeto de derecho. (Casación, L, números 1966, 1967 y 1968, diciembre 12 de 1940). Páginas 730, 2ª

TRABAJO

— 313 —

El artículo 1º de la ley 45 de 1939 debe interpretarse partiendo de la base de que el legislador tuvo como mira exclusiva la indicación de un procedimiento especial en los litigios a que alude dicho ordenamiento, dejando intactas las reglas generales que sobre jurisdicción y competencia contiene el Código Judicial. Ese procedimiento es el verbal. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1966, 1967 y 1968, diciembre 10 de 1940) ..... Páginas 919, 1ª y 2ª

TRABAJO

— 314 —

Para que haya lugar a la responsabilidad del patrono por un accidente de trabajo y a la consiguiente indemnización legal, es necesario establecer que en el momento de ocurrir el accidente el trabajador se encuentra al servicio de la empresa obligada, que aquel ocurrió con ocasión del trabajo, que de él surge alguna de las incapacidades previstas en la ley 57 de 1915 y 133 de 1931, y que la acción se ejerza dentro del término fijado por el artículo 17 de la ley 57 citada.

Las acciones que consagra la ley 57 prescriben en un año, y como pueden ejercitarse desde el momento en que el accidente ocurre, la prescripción también debe contarse a partir de ese momento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, julio 24 de 1940) ..... Páginas 176, 2ª y 177, 1ª

TRABAJO

— 315 —

La ley 10 de 1934 establece la distinción entre empleados y obreros o trabajadores. La calidad de empleado la define en función de la realización de un trabajo por cuenta de otra persona o entidad en virtud de remuneración o sueldo fijo. El decreto número 652 de 1935, que la reglamenta, dice, de acuerdo con ella y más detalladamente, qué se entiende por empleado particular, agregando a lo dicho que no importa la cuantía ni la forma en que se pague el sueldo o remuneración para considerar **empleado** a quien trabaja en la forma referida (artículo 1º), y dice en la definición de obrero (artículo 2º), que el carácter de éste "implica el hecho de que la actividad material predomine sobre las labores intelectuales", después de advertir que obrero es quien ejecuta por cuenta de otro una **labor material**. Las controversias a que da lugar el contrato de trabajo se tramitan en forma breve y sumaria, de conformidad con el

Págs.

artículo 1º de la ley 45 de 1939. (Casación, L, Nos. 1961, 1962 y 1963, septiembre 12 de 1940) 47, 2ª

TRASLADO DE UN SUMARIO A OTRO DISTRITO JUDICIAL

— 316 —

Véase: SUMARIO Y SU TRASLADO A OTRO DISTRITO JUDICIAL. (Acuerdo número 161 del 10 de febrero de 1941, G. J., números 1966, 1967 y 1968, pág. 828, 1ª y 2ª).

TRIBUNALES DE ADUANAS

— 317 —

Puede afirmarse sin lugar a dudas que los Tribunales de Aduanas no sólo tienen facultad para revisar las providencias de los respectivos administradores, sino que son competentes privativamente para ordenar el reintegro de las cantidades pagadas con exceso, es decir, son ellos los llamados a decidir, en cada caso particular, si las acciones de repetición por pago de lo no debido, basadas en la ilegalidad de los aforos, pueden prosperar o no.

Los artículos 39, ordinal b) y 19, ordinal 3º de la ley 130 de 1913, atribuyen a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares respecto al monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1961, 1962 y 1963, agosto 20 de 1940) ..... 193, 1ª y 2ª

U

UNIDAD DE LA LEY PENAL

— 318 —

Véase: PENA. Sentencia de casación del 2 de diciembre de 1940, L, números 1961, 1962 y 1963, páginas 269 y siguientes.

Págs.

UNIDAD DE LA LEY PENAL

— 319 —

Véase: PENA. (Casación del 2 de diciembre de 1940, G. J., números 1964 y 1965, pág. 547, 2ª y ss.).

V

VENTA DE COSA AJENA

— 320 —

El hecho de figurar en una partición de bienes un coasignatario a quien otro heredero le ha vendido derechos hereditarios antes de la partición y en la cual se le adjudica al vendedor el derecho vendido, no implica que los contratantes hayan desistido del contrato de venta, porque si así fuese no tendría aplicación el inciso 2º del artículo 1401 del Código Civil, que considera que esa venta se reputa como de cosa ajena. (Casación, L, números 1966, 1967 y 1968, marzo 17 de 1941) 808, 1ª

VENTA DE INMUEBLES DE SUCESIONES ILIQUIDAS

— 321 —

La venta de inmuebles de una sucesión ilíquida equivale a la venta de cosa ajena, y tiene, por consiguiente, la validez que a esta clase de ventas reconocen los artículos 1871 y 1874 del Código Civil.

Aunque el legatario no tiene la condición de comunero en la universalidad llamada herencia, es incuestionable que el inmueble materia de su legado, si aún no se ha verificado la partición, pertenece a una sucesión ilíquida. Ese inmueble y los demás bienes de la mortuoria constituyen la prenda general de los acreedores del causante. De ahí que mientras no se liquide la mortuoria ningún asignatario, bien sea a título universal o singular, puede disponer, como de cosa propia, de bienes de la sucesión. Y es que —concretándose al caso del legatario— bien podría suceder que por tratarse de una sucesión recargada de deudas, no fue-

Páginas

ra posible la adjudicación del legado. Bien conocido es el aforismo de que donde hay deudas no hay herencia. (Auto, Sala de Negocios Generales, L, números 1966, 1967 y 1968, noviembre 22 de 1940)..... 910, 2º

VEREDICTO DEL JURADO

— 322 —

En casación el veredicto del Jurado nc cae por su base sino en cuatro contingencias, cuando se trata de recursos con fundamento en la ley 118 de 1931. Esas contingencias son: por la causal 2ª del artículo 3º, pues es evidente que si el juicio es nulo, el decreto de invalidación del fallo y la

Páginas

devolución del proceso para que se reponga el procedimiento, borra el veredicto; por la causal 3ª, en cuanto si no se cometió delito o si del perpetrado compete conocer a otra autoridad distinta de la que juzgó al reo, es lógico que el veredicto se tenga por no existente; por la causal 5ª, ya que la injusticia notoria, si el punto se debatió previamente en las instancias, es la destrucción del veredicto, y algunas veces por la causal 6ª. Las demás causales del artículo 3º, ley 118 de 1931, tienen que dejar intacta la resolución del Jurado. (Casación, L, Nros. 1966, 1967 y 1968, abril 1º de 1941)..... 836, 2º y 837, 1ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO L DE LA "GACETA JUDICIAL"

CONSTITUCION DE 1886

Artículos	Números
135	101

CONSTITUCION DE 1936

12	242
22	31, 95, 223, 224
50	190
52	95
69	99
71	190
115	95, 99
120	99
159	166
160	93, 197

ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1910

59	147

CODIGO CIVIL

14	42
15	71
16	71
97	100
400	113
401	88
472	299
473	299
633	242
636	75
706	41
739	2, 270
762	258
766	179, 216
1162	12
1249	188
1279	12
1289	12
1291	67
1295	286
1298	12
1303	88
1312	12
1321	247
1324	247
1392	184
1393	184
1401	320
1494	106, 144

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
1501	255
1601	67
1602	71
1609	134
1613	232
1616	234
1628	203
1712	283
1730	72
1781	40
1871	321
1874	321
1934	216
1946	67
1958	241
1986	69, 134
2005	23
2053	72
2057	72
2231	67
2341	289
2345	289
2346	106, 250, 289
2347	288, 289
2348	289
2349	289
2350	289
2351	289
2352	289
2353	289
2354	298
2355	289
2356	289, 291
2357	59, 86, 289
2514	256
2518	198
2535	194
2537	240
2543	294
2544	256

CODIGO DE COMERCIO

56	140
470	305
606	303
756	9

CODIGO DE MINAS

Artículos	Números
118	203
161	203
163	203
164	203
166	203
167	203
173	203
248	205
254	205
283	205
285	204
341	203
366	203

CODIGO FISCAL DE 1912

407	185

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

58	42
745	246
178	14
252	121
310	208

CODIGO PENAL DE 1890

——	119, 223, 224, 227
29	52
587	153
602	187
604	153

CODIGO PENAL DE 1936

——	223
36	227
37	227
38	227
39	227
40	227
362	227
363	26

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL

24	236

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL

Artículos	Números
24	236
25	236
58	308
59	308
74	157
92	260
430	65

CODIGO JUDICIAL DEROGADO

863	56
1715	37

CODIGO JUDICIAL ACTUAL

173	246
179	246
205	81, 82
206	82
209	15
232	116
233	56
322	311
343	130
409	15
448	12, 218
449	212
451	218
455	213
456	213
457	213, 218
466	35
471	194
472	194
473	290
474	55
480	194, 196
481	194
519	277
520	272
522	275
524	80, 82
553	194
597	263
600	33, 273
630	281, 306
632	13
656	78
657	228
665	113
702	89
843	41
878	51
908	12
909	12, 286
935	12
953	184
958	184
981	131
982	18, 114, 115
1016	49
1029	117
1059	19, 30
1298	12

LEYES ESPECIALES

Ley del 11 de octubre de 1821

Artículos	Números
——	249
5º	249
14	249

LEY DE 7 DE JUNIO DE 1856

1º	141

LEY 272 DE 1875

27	203

LEY 62 DE 1879

——	174, 191

LEY 57 DE 1887

9º	151
22	13
356	100
358	100

LEY 153 DE 1887

11	99
44	224
50	199
93	310

LEY 37 DE 1888

19	199

LEY 169 DE 1896

33	37
39	10, 236

LEY 63 DE 1903

——	141

LEY 15 DE 1905

——	132

LEY 17 DE 1905

——	132

LEY 72 DE 1910

——	95

LEY 4ª DE 1913

127	147
67	101

LEY 130 DE 1913

19	159, 317
39	159, 317

LEY 56 DE 1914

——	178

LEY 57 DE 1915

Artículos	Números
——	314
17	314

LEY 52 DE 1920

1º	160

LEY 46 DE 1923

3º	87

LEY 71 DE 1926

16	229

LEY 25 DE 1928

14	108

LEY 37 DE 1931

2º	250
8º	305

LEY 30 DE 1931

——	160

LEY 118 DE 1931

3º	37, 52, 322
4º	37

LEY 133 DE 1931

——	314

LEY 1ª DE 1932

1º	107, 230

LEY 28 DE 1932

——	40

LEY 39 DE 1933

1º	28

LEY 10 DE 1934

——	122
1º	315
2º	315
14	107, 230

LEY 78 DE 1935

——	160

LEY 6ª DE 1936

1º	91

LEY 16 DE 1936

9º	166

LEY 45 DE 1936

23	27, 83

LEY 63 DE 1936

Artículos	Números
12	158
14	158
68	163

LEY 95 DE 1936

3º	224

LEY 96 DE 1936

——	103

LEY 160 DE 1936

7º	249, 250

LEY 200 DE 1936

——	249

LEY 13 DE 1937

——	95

LEY 37 DE 1937

——	95

LEY 92 DE 1938

3º	190
7º	176
21	176, 190
22	176, 190
23	176, 190

LEY 94 DE 1938

——	10, 211, 235, 261
28	10
5º	224
198	211
199	211

LEY 146 DE 1938

1º	174, 191

LEY 153 DE 1938

4º	228

LEY 45 DE 1939

1º	122, 313, 315

LEY 54 DE 1939

Artículos	Números
——	138, 178

DECRETOS

Decreto Nº 1112 de 1905

——	95

Decreto Nº 1328 de 1905

——	95

Decreto Legislativo Nº 34 de 1905

——	132

Decreto Legislativo Nº 43 de 1905

——	132

Decreto Nº 1343 de 1927

24	175

Decreto Nº 1270 de 1931

——	139
37	94, 177

Decreto Nº 652 de 1935

——	122

Decreto Nº 658 de 1936

——	91

Decreto Nº 1315 de 1936

——	62, 185

Decreto Nº 2474 de 1936

——	91

Decreto Nº 1343 de 1937

——	53, 95
24	95

Decreto N: 813 de 1938

——	53

Decreto Nº 836 de 1938

Artículos	Números
——	95
44	136
45	136
46	136
49	136
51	136
54	136
56	136, 175
60	136
61	136

Decreto Nº 2310 de 1938

——	97

Decreto Nº 358 de 1940

——	189
1º	178
3º	90, 178

Decreto Nº 1048 de 1940

——	135

Decreto Nº 1078 de 1940

——	135

Decreto Nº 1299 de 1940

——	97

Decreto Nº 1380 de 1940

——	137

Decreto Nº 1706 de 1940

——	91

CODIGOS EXTRANJEROS

Código Civil Alemán

289	291

Código Civil Suizo

54	291

Código Judicial Italiano

201	56

INDICE ALFABETICO DEL TOMO L,

— A —

Páginas

Acuerdo Nº 155, sobre radicación de un proceso. 827
Acuerdo Nº 161, sobre el mismo punto anterior. 827
Acuerdo Nº 162, sobre radicación de un sumario. 527
Afanador Martín y Rosa Rubio contra la Nación. Ordinario por perjuicios 212
Agudelo de Gómez María y Ramón Cifuentes contra Maximina Ramírez de Alvarez. Ordinario sobre nulidad y reforma de un testamento 496
Alvarez Ana contra Rafael Díaz. Ordinario sobre nulidad de unos títulos y otras acciones 125
Amarís Maya Rafael y Luisa Cecilia Amarís del Castillo contra la Compañía Colombiana de Electricidad. Ordinario sobre restitución de bienes 740
Añez & Cía. Julio A. y sucesores contra la sociedad mercantil colectiva "Cristo Vélez & Cía." Ordinario sobre pago de una suma de pesos y sobre conclusión de una cuenta corriente. 422
Ariza Fray Alberto, como representante de la comunidad dominicana, contra la Nación. Posesorio. 585
Arrieta Bustillo Manuel contra la Nación. Ordinario sobre reconocimiento de una pensión. 236
Ayala José Alejandro contra el Sindicato de la Aguja. Ordinario por pesos 504

— B —

Barrero Raimundo contra el Departamento de Cundinamarca. Auxilio de cesantía. 898
Barreto o Valencia Benjamín. Causa por homicidio. 830
Barrientos Estanislao, como presidente de la sociedad minera de Ríochico, contra José Angel López. Ordinario por perjuicios. 519
Becerra Rodrigo contra el Departamento de Caldas. Ordinario para el pago de una suma de pesos 195
Bucheli Isaac contra Concepción Buitrago v. de Hernández. Ordinario sobre petición de herencia 367
Burbano Abigaíl contra Carlos Melo Galvez.. Ordinario sobre revisión de un juicio ejecutivo y sobre nulidad 457

— C —

Caldas Miguel J. contra The Santa Marta Railway Company, Limited. Ordinario por perjuicios 19
Camelo Belisario y otro contra las sociedades Siemens Baunion, Limitada, y Philipp Holzman, S. A. Ordinario por perjuicios. 50
Cano Jesús María, Valentina y Adelaida contra Benigno Cano Arriguí y Samuel Agustín Tovar. Ordinario de nulidad de un testamento 512
Campo Luis Carlos contra Bertilda Campo de Jaramillo, Melva Campo de Tobón y otros. Ordinario sobre nulidad de unos contratos 343
Cantor Pedro y Deogracias Mayorga contra José Ramos. Ordinario sobre petición de dominio 335
Cantor Pedro y Deogracias Mayorga contra José Ramos. Ordinario sobre reclamación de dominio 725
Caro Aurelio y otros contra el municipio de Villeta. Ordinario sobre derechos a una herencia y reivindicación 89
Carrizosa Adolfo. Bienes vacantes 748
Carvajal Lisandro E. Recurso de hecho para obtener el de casación 9
Casas Guerrero José Isaac. Causa por homicidio y robo 131
Castillo Germán contra Herminia Gálvez v. de Rocha. Ordinario para el pago de una suma de pesos 758
Castrillón Víctor contra Roberto Mesa. Ordinario por perjuicios 348
Cifuentes B. Julio contra Miguel A. López Maldonado. Tercerías coadyuvantes en ese juicio ejecutivo 432
Cifuentes Carlos A. contra Antonio Amar. Ordinario sobre nulidad de un contrato. 467
Cifuentes Carlos A. contra Antonio Amar. Ordinario sobre nulidad de un contrato. 711
Colegio de San Simón contra la Nación. Ordinario sobre dominio 609
Compañía Explotadora del Carare. Aviso sobre exploración y explotación de petróleos. 143
Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Aviso de exploración y explotación de petróleos 275
Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra Magdalena Leiva Tovar. Reivindicación 856
Córdoba Carlos E. contra Amalia v. de Correa. Ordinario sobre resolución de un contrato. 24
Cruz Abadía Miguel. Se resuelve el impedimento de un Magistrado en la causa seguida contra aquél por falsedad en documentos públicos. 562

— D —

Decreto acusado número 2310 de 1938. Se declara que no habiendo quedado vigente ninguna de sus disposiciones, na-

Páginas

da había que resolver sobre él por sustracción de materia 328
Decretos acusados números 658 y 2474 de 1936. Se declaró que no era el caso de fallar la demanda sobre inexequibilidad de esos decretos 332
Decreto acusado número 1078 de 1940. Se decide que es exequible el artículo 3º de él. 657
Decreto acusado Nº 1343 de 22 de julio de 1937, sobre exploración y explotación de minas de aluvión de metales preciosos. Se declara inexequible el artículo 24 de ese decreto 660
Decreto acusado Nº 836 de 1938, sobre censo de la propiedad minera. Se declara inexequible el inciso 2º del artículo 56 de él 690
Decreto acusado Nº 358 de 1940 en sus artículos 1º y 3º Se declara que son exequibles. 690
Decreto acusado Nº 1270 de 1931 en un inciso del artículo 37. Se declara que es exequible. 697
Decreto acusado Nº 1380 de 1940, sobre expedición de patentes y licencias a los tripulantes de embarcaciones fluviales. Se declara exequible 705
Decreto acusado Nº 750 de 1940, sobre quiebras. No se decidió sobre la exequibilidad o inexequibilidad de él porque la demanda inicial no planteó el problema en la forma legalmente adecuada a este último fin 708
De Francisco José María contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por pesos. 906
Delgado José de la Cruz contra Teodosio Delgado. Acción de **in rem verso**..... 36
Departamento de Cundinamarca contra la sociedad Leonard Oil Development Company. Ejecutivo. 200
Departamento de Cundinamarca contra la Texas Petroleum Company. Ejecutivo. 222
Departamento de Cundinamarca contra Andrés A. Baquero. Ejecutivo 888
Díaz César M. contra Simón Díaz. Ordinario sobre nulidad de unas actuaciones judiciales y sobre restitución de bienes. 73
Díaz Víctor M. Causa por homicidio..... 295
Díaz Víctor M. Causa por homicidio..... 546
Díaz César M. contra Diva García de Bahamón y Arcesio Bahamón G. Reivindicación. 522
Duarte Roberto, como presidente de la sociedad ordinaria de minas de El Encanto, contra Nepomuceno Arbeláez. Ordinario sobre resolución de un contrato. 381

— F —

Fajardo Alcides e Hijos contra Pedro Ignacio Uribe, Adán Bravo y otros. Ordinario sobre petición de herencia 358
Feldman Eva contra la sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos. Ordinario sobre declaración de incumplimiento de un contrato y sobre pago de perjuicios. 507
Fernández Roberto contra el Departamento de Cundinamarca. Lanzamiento. 591
Fernández Roberto contra el Departamento de Cundinamarca. Lanzamiento. 879
Fernández Botero Eduardo, como apoderado de Luis Rosendo Hurtado y otros, contra la "Compañía del Puente de Occidente". Ordinario por perjuicios 714
Forero de Gutiérrez Concepción. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición 95

— G —

García Sabina contra Adán Mora. Ordinario de reivindicación 11
García Justo Pastor. Causa por rapto.... 534
Giraldo Luis Felipe. Causa por homicidio. 559
Gómez Luis Andrés contra la Nación y contra la Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Ordinario sobre oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos 143
González Ramón L. contra el Departamento del Tolima. Ejecutivo. 847
Gutiérrez José C. Sobreseimiento definitivo por una acusación sin fundamento alguno relacionada con sus actuaciones de Juez 553
Guzmán Samuel contra Luis Rincón S. Ordinario por pesos 110
Guzmán Argemira contra la sucesión de José Antonio Padilla. Concesión del recurso de casación 503
Guzmán Saúl contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y contra la Nación. Ordinario sobre pago de una pensión vitalicia de jubilación. 918

— H —

Hunter Roberto contra Elías González. Ordinario sobre oposición a la entrega de una mina 118

— I —

Irisarri Abel M. de y Joaquín Pablo García. Ejecutivo. 209

— J —

Jaramillo v. de Arango Carlota contra Benjamín Arango. Ordinario sobre entrega de un documento 444
Jaramillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá. Acción para el pago de perjuicios. 598
Jarrín Rosa v. de Sierra contra Orfelina Revelo v. de Alomía. Ordinario de reivindicación. 413
Junta de Patronos del Colegio de Jesús, María y José contra la Nación. Posesorio. 256
Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca contra José J. González y María Elena Guerrero de González. Ejecutivo. 900

— L —

La Nación contra Francisco Clement y

Páginas

otro. Ejecutivo. 185
La Nación contra Régulo García y otros. Ejecutivo. Se declara prescrita la acción ejecutiva. 205
La Nación contra Juan de Dios y Alfonso Paredes. Ejecutivo 239
La Nación contra Carlos Otero Santamaría y otros. Ejecutivo 247
La Nación contra José Silvestre Lacouture y otro. Ejecutivo 258
La Nación contra Alberto Escobar Camacho, Diego Silva Parra y otros. Ejecutivo. 580
La Nación contra Honorio Fuentes y Faustino Camacho R. Ejecutivo 587
La Nación contra la Compañía del Puerto y Terminal de Barranquilla, S. A. Ordinario por perjuicios 620
La Nación contra Vicente Garcés de la C. Ejecutivo. 844
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Apía) contra Carlos García H. Ejecutivo. 869
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Cali) contra "Laboratorios del Pacífico, S. A." Ejecutivo 874
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Bolívar) contra José María de la Espriella, Amelia Jiménez de Delgado y otros. Ejecutivo 876
La Nación contra Pedro Nel Zamorano. Ejecutivo. 896
La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional del Guamo) contra la sucesión de Delfín Guzmán Lugo. Ejecutivo... 910
La Nación contra The Dorada Railway Extension, Limited. Ejecutivo 913
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Bolívar) contra Teresa Piñeres v. de Jiménez. Ejecutivo 924
Landazabal José Joaquín contra el municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios. 784
Larrahondo Ignacio contra la Nación. Acción para obtener indemnización por un accidente del trabajo 176
Ley 54 de 1939 acusada en sus ordinales B y D. Se decide que son exequibles.. 690
Ley acusada número 92 de 1938 en sus artículos 7º, 21, 22 y 23. Se declaran inconstitucionales. 701
Ley acusada número 146 de 1938. Se declara que solamente es inexequible el parágrafo 1º del artículo 1º de esa Ley. 653

— M —

Magdalena Fruit Company contra la Nación. Ordinario sobre exención de impuestos. 288
Maizena, S. A., contra la Nación. No se repone un auto en ese juicio ordinario.. 192
Maldonado Félix Antonio y Daniel Fino. Causa por homicidio 541
Mallarino Borda Ernesto. Interdicción judicial. Ejecución de una sentencia extranjera. 453
Márquez Fidel contra la Nación. Ordinario de reivindicación 253
Martelo Hernando contra la Nación. Ordinario para el pago de una suma de dinero como valor de la motonave "La [illegible]" 929

Páginas

Martín Arcadio contra el Departamento de Boyacá. Ejecutivo. 612
Martínez G. Paz v. de Herrera contra la Nación. Repetición por pago de lo no debido. 178
Meeck Juan José en representación de su esposa Beatriz Pacheco, contra Jorge Giraldo Urdaneta. Ordinario de nulidad relativa de unos contratos y otras acciones. 398
Meneses Zacarías. Causa por homicidio... 538
Molina Callejas Germán. Se declara que fue bien denegado el recurso de casación del Tribunal de Medellín en el juicio de deslinde de unas minas. 396
Molina José Luis contra el Departamento de Antioquia. Ejecutivo 582
Molina José Luis contra el Departamento de Antioquia. Ejecutivo 596
Mónaco Clemente contra el Departamento de Nariño. Ejecutivo 592
Monroy Pérez María. Causa por homicidio. 543
Montoya Deogracias contra la Bolsa de Bogotá, S. A. Ordinario sobre entrega de valores y sobre restitución de una prenda. 28
Mora Bernardo y otros contra Ramón Landázuri. Ordinario de nulidad de unos títulos de minas 405
Mosquera Juan de Dios contra la Orden Tercera Franciscaría. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 82

— N —

Neira Juan B. contra el Banco de Londres y América del Sur, Pedro Ignacio Uribe y María Teresa Uribe. Ordinario de nulidad por simulación 810

— O —

Obando Floresmindo contra el municipio de Santa Rosa de Cabal. Ordinario por perjuicios. 437
Ochoa Pablo Emilio. Causa por homicidio. 576
Olano Riascos Tomás contra la Nación. Ordinario por perjuicios 881
Orozco Luis Felipe contra el municipio de Anserma, acción petitoria de inexistencia de una obligación 514
Ortiz Andrés contra Lisandro y Abel Gómez. Acción sobre pago de perjuicios. 484
Ortiz Aquileo. Sobreseimiento definitivo por cargos que se le hicieron como Juez de Tierras de Ciénaga 529
Ortiz v. de Ledesma Lucila y otro contra Reinaldo Eladio Santos. Ordinario sobre nulidad de un juicio 43

— P —

Pabón Ramón y Gilberto Rizo Vanegas. Causa por homicidio 555
Paredes viuda de Rodríguez Alejandrina contra la Compañía Eléctrica Industrial del Quindío. Ordinario por perjuicios. 474
Pinedo M. Constancia contra el Departamento de Bolívar. Ordinario sobre pago de una pensión 921
Pinto Eliseo. Imposición de una multa ... 615

Páginas

Piedrahíta v. de Jaramillo Arsenia contra Aristóbulo García. Ordinario de reivindicación. 764
Posada Ucrós Arturo contra la sucesión de Jorge Salgado Gómez. Ordinario para que se declarase el dominio de un crédito. 470
Pulido de Soto Balbina. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de ésta. 98
Pulido Z. Tobías. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición en el juicio de sucesión de éste. 355

— R —

Recaudación de Saldos Departamentales de Tunja contra Rafael Beltrán, Campo Elías Avila y Gabriel Peñarete. Ejecutivo. 867
Reyes José Gabriel y Juana Rocha de Reyes contra Policarpo A. Sánchez y Hermógenes Lora. Ordinario sobre nulidad por simulación de un contrato 754
Rincón Octavio contra Antonio María Rincón. Ordinario sobre rescisión de un contrato. 478
Ríomaña Simeón. Causa por robo 569
Rodríguez Jacinta v. de Caicedo y María Josefa Caicedo de Mosquera contra Epaminondas Caicedo. Reivindicación . 805
Rodríguez Julio C. contra la Nación. Ordinario sobre cumplimiento de una sentencia y sobre perjuicios 228
Rozo Nicolás, Teresa Rozo de Rozo, Aura María Rozo y Nieves Angel Pardo contra María del Carmen Forero Angel. Acción petitoria de que un contrato fue de mutuo y no de retroventa 817

— S —

Sabat Francisco y Mahomet Alijusef o Mahomet Alí Eff. Causa por hurto. . . . 531
Salazar María contra la sucesión de Eugenia Gracia de González. Ordinario por pesos. 374
Salvamento de voto del doctor Hernán Salamanca a la sentencia proferida en el juicio ordinario de Sabina García contra Adán Mora, sobre reivindicación. 13
Salvamento de voto del doctor Isaías Cepeda en el mismo negocio 13
Salvamento de voto del doctor Isaías Cepeda a la sentencia que decidió la demanda de inexequibilidad de los Decretos números 1343 de 1937 y 836 de 1938. 679
Salvamento de voto del doctor Campo Elías Aguirre a la misma sentencia anteriormente citada. 679
Salvamento de voto del doctor Aníbal Cardoso Gaitán a la segunda parte de la sentencia anteriormente citada 687
Salvamento de voto del doctor Juan A. Donado a la misma sentencia, en la misma parte. 687
Salvamento de voto del doctor José Miguel Arango a la misma sentencia, en su primera parte 679

Páginas

Salvamento de voto del doctor Absalón Fernández de Soto a la misma sentencia, en su primera parte 679
Salvamento de voto del doctor Hinestrosa Daza a la misma parte de la sentencia anteriormente citada 679
Salvamento de voto del doctor Liborio Escallón a la segunda parte de esa sentencia. 687
Salvamento de voto del doctor Lequerica Vélez a la segunda parte de esa sentencia. 687
Salvamento de voto del doctor José Antonio Montalvo a la misma segunda parte. 687
Salvamento de voto del doctor Arturo Tapias Pilonieta a la misma segunda parte. 687
Salvamento de voto del doctor José Antonio Montalvo a la sentencia proferida en el juicio contra Víctor M. Díaz, por homicidio. 300
Salvamento de voto del mismo doctor Montalvo a la sentencia que decidió la causa por homicidio contra Víctor M. Díaz. 550
Salvamento de voto del doctor Montalvo a la sentencia que decidió la causa contra Simeón Ríomaña por el delito de robo. 573
Salvamento de voto del doctor Montalvo a la sentencia proferida en la causa por homicidio contra Benjamín Barreto o Valencia. 840
Salvamento de voto del doctor Hernán Salamanca a la sentencia que decidió la demanda de inexequibilidad de los Decretos números 1343 de 1937 y 836 de 1938. 679
Sánchez de Hernández Raquel contra el Departamento de Bolívar. Ordinario por pesos. 242
Sánchez Otoniel contra Maximiliano, Moisés, Faustino y Manuel Guerrero. Ordinario de oposición a la posesión de una mina. 487
Sierra Salvador contra Eulogio Hernández. Ordinario de reivindicación 389
Sociedad ordinaria de minas de El Tesoro contra Nepomuceno Arbeláez. Ordinario sobre resolución de un contrato. . 381
Soler v. de Jiménez Carmen contra el Departamento de Boyacá y la Nación. . . 172
Soler Hugo, como apoderado de los hijos del primer matrimonio de Lucas Salazar, contra Eudosia Cruz y María Eva Salazar Cruz, Acción de nulidad de unas actuaciones judiciales y otras 780

— T —

Tafur Garcés Leonardo y Jesús Jeremías Ortiz contra Alfonso, Gumersinda y Bárbara Ortiz y Lubín Candelo. Reivindicación. 773
The Marine Midland Trust Company of New York contra el Departamento del Tolima. Ejecutivo. 262
Torres Emilia de Velikanych contra Alberto Lineros. Ordinario de rescisión por lesión enorme 493
Triana Cortés Juan N. y Alejandro Zea.

Páginas

Se declara inadmisible una solicitud de coadyuvancia. 217

— V —

Vela R. Manuel contra el Departamento de Santander del Norte. Ejecutivo 851
Velasco Villaquirán Luis A. Sumario por incompatibilidad de ciertos cargos con los de funciones judiciales 564
Vélez Víctor contra el Concejo Municipal de Medellín. Ordinario por perjuicios. 734
Villa Hernando en su propio nombre y como apoderado de Alfonso Sánchez León contra el municipio del Guamo. Ordinario sobre declaración de incumplimiento de un contrato y otras acciones. 57
Villamizar Rico Rogerio contra Anastasio Flórez y Evangelina Flórez v. de González. Reivindicación. 789